

HELOÍSA DA SILVA KROL

REFORMA CONSTITUCIONAL: Fundamentos e limites no cenário democrático-constitucional

**CURITIBA
2007**

HELOÍSA DA SILVA KROL

REFORMA CONSTITUCIONAL: Fundamentos e limites no cenário democrático-constitucional

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

CURITIBA
2007

TERMO DE APROVAÇÃO

REFORMA CONSTITUCIONAL: Fundamentos e limites no cenário democrático-constitucional

Heloísa da Silva Krol

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

Membro: Prof. Dr.

Membro: Prof. Dr.

Curitiba, _____ de _____ de 2007

À minha irmã Évelin.

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho e a elas sempre serei grata.

Agradeço à minha família, pelo apoio incondicional às minhas escolhas.

Ao meu orientador Clèmerson Merlin Clève, sou muito grata pela convivência enriquecedora. A admiração que tenho pelo seu trabalho sempre fez com que buscasse o melhor de mim, principalmente nos momentos em que minhas limitações se evidenciavam.

Também agradeço à Cibele Fernandes Dias Knoerr, minha primeira professora de Direito Constitucional. Pelas suas mãos iniciei meus estudos na matéria e tenho certeza de que sua dedicação ímpar a tudo que faz exerceu direta influência para que eu continuasse com as pesquisas da graduação.

Aos meus professores da pós-graduação e da graduação, em especial, José Antônio Peres Gediel, pelo incentivo de sempre.

À Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, às funcionárias da secretaria do programa e a CAPES.

Sou grata também a Pedro Benetti, pela atenção e cuidado durante tantos anos, e às minhas queridas amigas de todas as horas, fundamentais durante a elaboração do presente trabalho: Camila Bruzamolín, minha mais nova “melhor amiga”; Elaine Palazzo Ayres, pelas discussões imprescindíveis para o impulso inicial do trabalho; Ghislaine Bordin, por sua presença sempre acolhedora; e Maria Teresa Paludzyszyn, pela generosidade e apoio constante.

Aos amigos e colegas de mestrado: Alessandra Ferreira Martins (*in memoriam*), Rebeca Fernandes Dias, José Carlos Cal Garcia Filho, Rodrigo Kanayama, Sarah Linhares, Rafael Baldo, Thiago Lima Breus, Bruno Zaroni, Maurício Natel, Michelle Akel, Luciana Araújo, André Viana da Cruz, Mayra Scremin, Paulo Opuszka, Guilherme Borges, Safira Prado, Gabriel Godoy, Fernanda Bourges, Ilton Norberto Robl Filho e Luana de Carvalho Silva.

E, por fim, mas não menos especial, à Cláudia Honório, companheira de pesquisas, colega de aulas e principalmente uma grande amiga.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	01
1 PODER REFORMADOR	05
1.1 Manifestações do poder constituinte	05
1.2 Teorias sobre o poder reformador	15
1.2.1 Considerações iniciais.....	15
1.2.2 Sieyès e a distinção entre poder constituinte e poder constituído.....	16
1.2.3 O poder de reforma na concepção decisionista de Carl Schmitt.....	23
1.2.4 O poder de reforma fundamentado na concepção dialética de Hermann Heller.....	30
1.3 Titularidade do poder de reforma e seu fundamento democrático	38
1.3.1 Titularidade.....	38
1.3.2 Fundamentos.....	41
2 A TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA	46
2.1 Considerações iniciais	46
2.2 Teorias liberais	57
2.2.1 Introdução.....	57
2.2.2 As origens do liberalismo político: Locke.....	59
2.2.3 A negação da democracia ilimitada: Hayek.....	64
2.3 Teorias democráticas	69
2.3.1 Introdução.....	69
2.3.2 A democracia moderna: Rousseau.....	70
2.3.3 O constitucionalismo em xeque: Negri.....	73
2.4 Propostas conciliatórias: democracia constitucional	76
2.4.1 Introdução.....	76
2.4.2 A via de mão dupla dos direitos fundamentais.....	78

2.4.3 Limitações que atam de forma positiva.....	81
3 AS BARREIRAS DO CONSTITUCIONALISMO.....	86
3.1 Considerações iniciais.....	86
3.2 Rigidez constitucional.....	89
3.2.1 Constituições rígidas, flexíveis, imutáveis e fixas.....	91
3.3 Limites ao poder de reforma.....	96
3.3.1 Introdução.....	96
3.3.2 Limites formais expressos.....	97
3.3.3 Limites substantivos expressos.....	101
3.3.4 Limites implícitos.....	117
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	127
REFERÊNCIAS.....	130

RESUMO

O propósito deste trabalho é analisar o mecanismo formal de alteração da Constituição de 1988 que consiste nas emendas constitucionais, tendo em vista a impossibilidade de realização de outra revisão constitucional. Porém, não se intenta abordar apenas os aspectos positivados da questão tais como: quem são os legitimados para propor emendas, qual o procedimento e os respectivos limites, mas também como se inserem as alterações constitucionais em um contexto marcado pelo compromisso entre democracia e constitucionalismo. A abordagem passa pela localização do poder de reforma no âmbito da teoria geral do poder constituinte, o que se faz distinguindo-o do poder constituinte originário e do poder constituinte dos Estados-membros. São também analisados os fundamentos teóricos que dão sustentação ao poder de reforma e a base democrática que o justifica. Mas, diante da complexa relação existente entre constituição e democracia, que se apresenta de forma muito clara na discussão do tema da reforma constitucional, enfocam-se ainda as teorias que tratam do assunto caminhando para uma proposta de democracia constitucional. Ao final, dedica-se atenção às limitações impostas pelo constitucionalismo brasileiro de 1988 à possibilidade de reforma constitucional. Nesse momento, são analisadas as limitações expressas e as implícitas tanto de natureza formal quanto material ao poder reformador, definindo o âmbito normativo de cada limite e buscando compatibilizá-los com o princípio democrático.

Palavras-chave: constituição, reforma, democracia, limitações.

ABSTRACT

This dissertation has as its main purpose the analysis of the constitutional process of amendment that was stipulated in Brazilian Constitution of 1988. The amendments are the way of realize formal modification in Brazilian Constitution. However, this study is not concentrated only in legislative and dogmatic aspects because it is necessary to examine too the role of constitutional amendments in a context that is defined by the compromise between democracy and constitutionalism. This research parts of a delimitation of amendment power in the whole theory of constituent power. Its is proceeded by the distinction among “originating” constituent power – the only one that is really a constituent power – amendment power and the power that each Federal State has of self-attribution of a constitution. The theoretical supports of amendment power are focused too and his democratic base. But, in order to consider the problematical relation between constitutionalism and democracy, which is evident when the theme of constitutional amendment is examined, it is required the analysis of the theories that deal with this question and develop the idea of constitutional democracy. At the last chapter, the limitations on the power of constitutional amendment that were established in Brazilian Constitution of 1988 are focused specifically. At this moment, the aim is to emphasize the explicit and implicit limits that assume a formal and a material aspect and to define the normative protection of each limit looking for an accommodation with the democratic principle.

Key-words: constitution, amendment process, democracy, limitations.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação versa sobre um tema que não é novo – aliás, muito já se discutiu a respeito – mas que é muito caro à teoria constitucional¹. Inclusive, Pedro de Vega lembra que até certo ponto e sem cometer nenhum exagero pode se afirmar que a teoria da reforma constitucional e a teoria constitucional são termos equivalentes².

A referida equivalência se daria porque foi por meio da criação de um procedimento de reforma constitucional mais complexo do que o existente para aprovação de leis ordinárias que se operou a distinção entre lei constitucional e lei ordinária e, assim, a constituição passou a configurar-se como a lei suprema³.

Assentada a premissa que a Constituição de 1988 “vale”⁴, chega-se ao momento de tratar dos temas de teoria constitucional sob novos enfoques⁵ e

¹ Nesse sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho enfatiza que o tema do poder constituinte é central para a teoria do Estado, para a ciência política e para o direito constitucional (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do poder constituinte. **Revista brasileira de estudos políticos**, n. 52, jan. 1981, p. 07-58, p. 7).

² VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1995, p. 24.

³ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 24.

⁴ Refere-se aqui à doutrina da “efetividade das normas constitucionais” que durante muitos anos preocupou os constitucionalistas brasileiros. Tratava-se, basicamente, de enfatizar que não seriam cabíveis mais as distinções entre normas constitucionais “não auto-aplicáveis” e “auto-aplicáveis” que acabaram por justificar uma baixa efetividade ou eficácia social dos textos constitucionais. Inclusive, tem-se que a experiência constitucional anterior a de 1988 foi marcada pela frustração dos propósitos dos textos constitucionais. Era isso que se buscava evitar diante da Constituição mais democrática que o Brasil já teve, ou seja, fazer com que ela não fosse apenas uma carta de intenções, mas sim efetivamente aplicada. Nestes termos, verifica-se que a doutrina da efetividade valeu-se de uma metodologia positivista ao afirmar que o direito constitucional é norma. A partir desta formulação – já assentada na doutrina e na jurisprudência – é que partem os desenvolvimentos teóricos denominados “pós-positivistas” ou neoconstitucionalistas. Sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. t. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61-77; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 49-60; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-18.

⁵ Uma das propostas do movimento denominado “neoconstitucionalismo” é justamente redefinir o papel da teoria constitucional. Neste sentido, Miguel Carbonell observa que quando se fala

repensar a relação complexa existente entre constitucionalismo e democracia no cenário constitucional brasileiro⁶.

Com efeito, afirma-se que “a constituição do nosso tempo” convive com passado – muitas vezes renunciando a sua repetição como indicam as cláusulas pétreas da Constituição alemã que representam uma ruptura com as experiências nazistas - mas também constituem, sobretudo, uma aspiração de futuro⁷.

Nas palavras de Gustavo Zagrebelsky, “as constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quiren salvaguardar y enriquecer”⁸.

Assim, a constituição apresenta-se como passado, presente e futuro, pois resulta de movimentos, revoluções e costumes, ao mesmo tempo em que realiza

em neoconstitucionalismo faz-se referência a duas questões fundamentais: primeiro, a uma série de fenômenos evolutivos que tiveram impactos no paradigma do Estado Constitucional e, segundo, a uma determinada teoria do direito que propugnou por estas mudanças e delas hoje trata em termos positivos (CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Trotta, 2003, p. 10). Quanto à primeira questão, Luigi Ferrajoli sustenta a existência de três paradigmas de Estado que refletem experiências históricas diferentes. A passagem do direito pré-moderno ao Estado legislativo de Direito caracteriza-se pela afirmação do monopólio estatal da produção jurídica (princípio da legalidade como norma de reconhecimento), rompendo, assim, com a pluralidade das fontes positivas. A segunda passagem - do Estado legislativo para o Estado Constitucional de Direito - caracteriza-se basicamente pela subordinação das leis às Constituições rígidas. Nestes termos, alteram-se as condições de validade das leis (dependem não apenas da observância da forma de produção, mas também da coerência com os princípios constitucionais). Altera-se, também, o estatuto epistemológico da ciência jurídica, o papel da jurisdição e enfatiza-se a subordinação substancial da lei à natureza da democracia (FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Trotta, 2003, p. 13-20).

⁶ Nesse sentido, Nelson Saldanha relata que o constitucionalismo clássico, vinculado ao liberalismo político, cuidou de implantar algumas questões fundamentais como a do poder constituinte e a do poder de reforma. No entanto, as questões mais recentes parecem se sobrepor às mais antigas, o que torna crescentemente complexa a teoria constitucional (SALDANHA, Nelson. Prefácio. In: SILVA, Gustavo Just Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000). Para uma abordagem da democracia constitucional brasileira: BONAVIDES, Paulo. A salvaguarda da democracia constitucional. In: MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 245-260.

⁷ CARBONELL, Miguel. Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Tradução: Miguel Carbonell. Madri: Trotta, 2005, p. 09-10.

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Tradução: Miguel Carbonell. Madri: Trotta, 2005, p. 91. Tradução livre: “as constituições do nosso tempo miram o futuro tendo firme o passado, ou seja, o patrimônio de experiência histórico-constitucional que querem salvaguardar e enriquecer”. A obra *Historia y constitución* de Zagrebelsky consiste em uma interessante análise da relação das constituições com o passado e o futuro. O autor aponta e critica o fato de que no contexto atual do direito constitucional buscam-se principalmente soluções dirigidas ao passado, ao invés de se intentar uma síntese histórico-constitucional da época constitucional presente e formular uma base de elaborações abertas para o futuro. Ainda, verifica-se que o grande intento do positivismo constitucional acrítico era fechar as portas para o futuro, congelando o passado.

aspirações de futuro. Notadamente, passado e futuro se ligam em uma única linha e, da mesma forma que os valores do passado orientam a busca do futuro, também as exigências do futuro obrigam uma constante redefinição do patrimônio cultural do passado, dos princípios de convivência constitucional⁹.

No entanto, a força do passado não pode ser tal que impeça a modificação do texto constitucional conforme as necessidades do presente e as aspirações provenientes da noção de autogoverno. Mas também não se pode descuidar dos compromissos do constitucionalismo com alguns conteúdos.

Embora existam diferentes configurações do constitucionalismo, aponta-se que as suas duas peças mestras são as seguintes: a) primazia da constituição que inclua um catálogo de direitos básicos e consagre a separação dos poderes e b) existência de um mecanismo de controle da constitucionalidade dos atos infraconstitucionais.

Ainda, Juan Carlos Bayón observa que o constitucionalismo de maneira geral tem uma dívida pendente com a chamada objeção contramajoritária que assume basicamente duas formas. A primeira se respalda no fato de que se a democracia é um método de tomada de decisões por maioria, como articular, então, esta noção com a idéia de primazia da constituição que implica restrições ao que a maioria pode decidir. E a segunda se refere à questão da legitimidade dos juízes não representativos e não politicamente responsáveis para invalidar decisões do legislador democrático¹⁰.

O presente trabalho versa sobre a primeira questão levantada por Bayón, ou seja, sobre os fundamentos, limites e possibilidades do poder de reforma em um ambiente constitucional marcado pelo compromisso entre democracia e constituição como o é o estabelecido pela Constituição brasileira de 1988.

A possibilidade de reforma da constituição pelo “poder constituinte derivado” é uma manifestação democrática à qual são apostos óbices característicos do constitucionalismo. Então, questiona-se até que ponto estes óbices são legítimos,

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución...**, p. 91.

¹⁰ BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neconstitucionalismo (s)**. Madri: Trotta, 2003, p. 211-238.

como justificá-los frente à consagração constitucional da democracia e também da intuição forte a seu favor que permeia a sociedade ocidental.

Portanto, um dos pontos centrais que esse trabalho enfrenta é a tensão permanente entre constitucionalismo e democracia que marca a democracia constitucional brasileira.

Antes, porém, de ingressar especificamente nesse tema são necessárias algumas delimitações sobre a configuração do poder reformador no direito constitucional brasileiro. Trata-se de especificar o âmbito de atuação do poder de reforma constitucional na Constituição de 1988 a partir de uma análise do que se denominou “manifestações do poder constituinte” em um sentido amplo que abarca a atuação do poder constituinte originário – único que pode ser designado propriamente como constituinte – do decorrente e do derivado.

Também, realiza-se uma abordagem sobre os aportes teóricos de três marcos distintos que respaldam a reforma constitucional, bem como se enfoca a questão da titularidade do poder reformador e do seu fundamento democrático.

Na seqüência, passa-se ao exame da complexa relação existente entre democracia e constituição. Para tanto, analisam-se autores que justificam a primazia do constitucionalismo, da mesma forma que são abordadas posições que rejeitam as limitações provenientes do constitucionalismo. Com base nestas posições, parte-se para a busca de uma acomodação entre os princípios inerentes ao constitucionalismo e o princípio democrático, o que marca a chamada democracia constitucional.

Por fim, analisam-se as barreiras expressas e implícitas impostas pela Constituição de 1988 à reforma constitucional visando sempre uma articulação entre os conteúdos reveladores do constitucionalismo brasileiro e as premissas democráticas. A Constituição de 1988 é definida como rígida em razão da previsão de um procedimento mais oneroso para alterar suas disposições comparado ao existente para aprovação da legislação ordinária. Mas, além disso, consagra de forma bem generosa “cláusulas pétreas”, limitações de conteúdo impostas à atuação do poder reformador que buscam retirar da arena democrática determinadas questões. Portanto, visa-se interpretar estes limites de forma que não acarretem a

impossibilidade de uma evolução constitucional, embora sirvam como óbices às rupturas ilegítimas.

1 PODER REFORMADOR

1.1 Manifestações do poder constituinte

De maneira geral, no âmbito da doutrina constitucional, são apontadas três manifestações do poder constituinte: originário, decorrente e derivado ou reformador¹¹.

Define-se o poder constituinte originário como o poder de iniciar uma ordem constitucional ou instaurar uma outra ordem completamente nova¹², caracterizando-se como um poder inaugural, juridicamente incondicionado e ilimitado¹³, bem como essencialmente político¹⁴.

¹¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do poder constituinte. **Revista brasileira de estudos políticos**, n. 52, p. 07-58, jan. 1981, p. 40.

¹² BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1993, p.71.

¹³ Na formulação clássica, a única hipótese de limitação ao poder constituinte originário seria a proveniente das concepções jusnaturalistas. Nestes termos, é a doutrina de Emmanuel Joseph Sieyès que defende que antes e acima do poder constituinte da nação só existe o direito natural (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?** Tradução: Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 117). No entanto, há propostas teóricas recentes que buscam vincular o poder constituinte originário a uma normatividade anterior sem recorrer a concepções metafísicas. Com efeito, Carlos Santiago Nino defende uma concepção de validade jurídica decorrente da validade de caráter moral. Especificamente quanto à competência do poder constituinte originário, afirma não ser tão problemático defini-la como ilimitada, mas sim como originária (auto-referente), tendo em vista ser contraditória a noção de competência originária ou mesmo de poder originário na medida em que estes termos aludem à existência de norma que estipulam certas faculdades. Propõe a reconstrução do conceito de competência jurídica nos seguintes termos: a competência para ditar normas constitucionais deriva não de normas ditadas por outros órgãos, mas sim de juízos morais (NINO, Carlos Santiago. **La validez del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1985, p. 43-44, 68-69). Assim, nos termos da teoria de Nino é possível inclusive falar em validade da constituição. Entretanto, embora o autor procure sustentar a vinculação a uma moralidade crítica (NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989, p. 91-93), sua tese ainda pode ser discutida por redundar em um "imperialismo moral" (BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo da moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 277-278.) Trata-se de tema bastante complexo e instigante, mas que foge do objetivo específico do trabalho. Para uma discussão sobre a existência de limites materiais ao poder constituinte originário na doutrina brasileira: SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 104-110; MALISKA, Marcos Augusto. Há limites materiais ao poder constituinte? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Porto

A discussão é se a definição de poder constituinte originário tradicional é aplicável quando ocorrem transições pacíficas, por exemplo, de um Estado autoritário para um Estado democrático, tendo em vista que na definição da doutrina tradicional o poder constituinte originário atua ante o ato fundacional e perante a inexistência de qualquer ordem constitucional anterior, organizando o Estado e ditando a primeira constituição¹⁵.

Então, Jorge Reinaldo Vanossi aponta também a existência de um poder constituinte revolucionário, que pode ser definido como originário, pois altera profundamente a estrutura dos órgãos do poder ou as relações entre poder e sociedade, mas que ao invés de não reconhecer uma legalidade pré-existente porque esta não existia, não a reconhece porque a derrubou¹⁶.

Em sentido análogo, porém de forma mais acabada, Jorge Miranda fala em transição constitucional ou mudança de regime constitucional. Nestas situações, afirma também existir uma atuação do poder constituinte originário, pois a natureza do evento e o seu caráter negador do regime precedente e criador de outro regime

Alegre, v. 35, p. 247-262, 2001. Na doutrina estrangeira: BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição constituinte**: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000; PINTO, Luzia Marques da Silva. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994; MIRANDA, Jorge. Poder constituinte. **Revista de Direito Público**, n. 80, p. 27-29, out./dez. 1986.

¹⁴ Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 125; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 120, p. 159-186, out./dez. 1993; BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 31-36. Na doutrina estrangeira, Carré de Malberg aponta que é um erro procurar uma definição jurídica dos acontecimentos ou dos atos que determinaram a fundação do Estado e de sua primeira organização. Para que isso fosse possível seria necessário que o direito fosse anterior ao Estado. Assim, sustenta que a formação inicial do Estado e sua primeira organização podem ser consideradas apenas como fatos, não sendo suscetíveis de inserção em nenhuma categoria jurídica (MALBERG, Carré de. **Teoria General del estado**. Tradução: José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura econômica, 1948, p. 1166-1167). Mas, há autores que procuram definir o poder constituinte originário como jurídico a partir de distintas fundamentações. Para Edvaldo Brito, o poder constituinte é um poder jurídico (potência com atribuições originárias) e não um mero fato, tendo em vista que é reconhecido pela ordem jurídica como uma força real capaz de criar uma nova ordem constitucional (BRITO, Edvaldo. **Limites...**, p. 72, 121). Também Miguel Nogueira de Brito defende um conceito normativo de poder constituinte nos termos do qual um participante de um determinado sistema possa encarar as normas constitucionais como derivadas de princípios morais que asseguram legitimidade a uma determinada fonte (BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição constituinte...** p. 338).

¹⁵ VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do poder constituinte. **Revista de direito constitucional e ciência política**, n. 01, p. 11-25, jul. 1983, p. 12.

¹⁶ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Uma visão atualizada do poder constituinte...**, p. 13.

assinalam a adoção de uma nova idéia de direito, ou seja, o advento de um novo fundamento de validade¹⁷.

Trata-se de uma discussão pertinente no contexto brasileiro, pois a convocação da Assembléia Constituinte para elaboração e promulgação da Constituição de 1988 deu-se por meio da Emenda Constitucional n. 26/85 e, assim, chegou-se a sustentar que a Constituição vigente não seria fruto da atuação do poder constituinte originário, ilimitado e incondicionado, mas obra do poder constituinte reformador¹⁸.

Entretanto, embora a Assembléia Constituinte tenha sido convocada por um órgão regular, não se pode afirmar que a Constituição de 1988 foi proveniente de uma reforma constitucional e não obra do poder constituinte originário¹⁹.

Primeiro, porque ocorreu sim uma ruptura. Nos termos da Constituição então vigente, o Presidente não poderia ter proposto ao Congresso a convocação de uma Assembléia Constituinte, que, por sua vez, sempre foi designada e atuou como “livre e soberana”, podendo romper inclusive com as cláusulas pétreas²⁰. Segundo,

¹⁷ MIRANDA, Jorge. **Poder constituinte...**, p.19. O fenômeno da transição constitucional pode ser explicado da seguinte forma. Nesta modalidade de processo constituinte, observa-se a existência concomitante de duas formas de poder: o poder estatal e o constituinte. O primeiro persiste, pois não ocorre uma ruptura imediata com a constituição anterior e, assim, os poderes nela constituídos permanecem total ou parcialmente em vigor. Já o segundo, o poder constituinte, surge no processo de transição constitucional. Com efeito, na definição de Marcos Wachowicz “o ‘ser’ do Poder Constituinte provém no processo de transição constitucional do Poder Estatal. Este o determina, o delimita e o delinea. O que provém do Poder Constituinte é o ‘dever ser’, a discriminação de uma nova ordem jurídica que redimensionará o Poder Estatal” (WACHOWICZ, Marcos. **Poder constituinte e transição constitucional: perspectiva histórico-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 75-76).

¹⁸ Na época, Paulo Bonavides sustentou que o Congresso não teria competência para fazer uma nova constituição e, se o fizesse, estaria desferindo um golpe de estado legislativo (BONAVIDES, Paulo. A crise brasileira e o poder constituinte. **Revista de direito constitucional e ciência política**, n. 03, jun.,1985, p. 14). Ainda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que “indubitavelmente a Constituição foi obra de um poder derivado, conquanto a paixão política levasse muitos a sustentar o insustentável – ser uma Constituinte, convocada por uma Emenda à Constituição então vigente, composta inclusive por senadores eleitos há quatro anos, poder originário” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 170). O autor mantém esta posição: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. **Revista de direito administrativo**, n. 202, p. 11-17, out./dez. 1995.

¹⁹ Para uma análise da legitimidade do processo de elaboração da Constituição de 1988: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Poder constituinte e patriotismo constitucional: o projeto constituinte do estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 41-63.

²⁰ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Princípio democrático e estado legal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 65-66. No mesmo sentido: SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p. 210.

porque a rigor a Emenda n. 26/85 não se consubstanciou em uma emenda na medida em que pôs em questão a ordem constitucional existente. A Emenda n. 26/85 não visava manter e atualizar a Constituição vigente à época, mas sim a sua substituição²¹.

Portanto, conclui-se que a Constituição de 1988 nasceu de uma atuação do poder constituinte originário, ilimitado e incondicionado, embora seja decorrente de uma evolução jurídica situada dentro de uma continuidade histórica²². Até porque o que define se o processo jurídico-político representa o surgimento de uma nova ordem constitucional é a ausência de subordinação à ordem constitucional anterior²³.

A segunda manifestação do poder constituinte é o denominado poder constituinte decorrente²⁴ que é o poder dos Estados-membros²⁵ de se auto-atribuírem uma constituição²⁶. Trata-se de uma forma de poder constituído que deve obediência aos princípios constitucionais sensíveis e aos princípios estabelecidos²⁷.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000. No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ato das disposições constitucionais transitórias: arts. 33 e 78 (este último introduzido pela Emenda 30/2000). In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 371; VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.) **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 165; 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. **Revista de direito administrativo**, n. 226, p. 11-32, out./dez. 2001.

²² Sobre o tema: TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39-40. Ainda, verifica-se que quando Jorge Miranda alude ao fenômeno da transição constitucional um dos exemplos apontados é justamente o caso brasileiro (MIRANDA, Jorge. **Poder constituinte...**, p. 19).

²³ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 209.

²⁴ Há discussão quanto à possibilidade de denominar a competência dos entes federativos de se auto-atribuírem uma constituição como atuação de um poder constituinte. Trata-se, de fato, de um poder constituído, instituído e, portanto, limitado. Discutir-se-á esta questão terminológica na nota n. 29 quando for abordada a designação do poder de reforma da constituição como poder constituinte derivado. A respeito do tema: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder constituinte do Estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 58-65.

²⁵ Também do Distrito Federal e dos Municípios, pois ambos integram a federação brasileira.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte...**, p. 141; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 118. Além do poder constituinte decorrente inicial, que inicia no âmbito da unidade federada uma nova ordem jurídica, existe o poder constituinte decorrente de revisão que intervém para rever e modificar a constituição do ente federado. Ambas as manifestações constituem-se em espécies de poder constituído e limitado (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder constituinte do Estado-membro...**, p. 85, 95).

²⁷ Nos termos do artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na elaboração das constituições estaduais, as Assembléias legislativas deveriam observar os princípios da Constituição Federal, bem como as Câmaras Municipais o disposto na Constituição Federal e na

Aliás, é característico da forma federativa de estado na qual os entes que compõem a federação têm autonomia²⁸.

Estadual. Com efeito, os princípios constitucionais sensíveis são aqueles que uma vez agredidos autorizam a intervenção federal nos Estados. Estão enumerados no artigo 34, inciso VII da Constituição Federal e constituem o cerne da organização constitucional do país. Os princípios constitucionais estabelecidos também limitam a autonomia organizativa dos Estados. Alguns são de fácil identificação porque a própria Constituição determina que sejam observados pelos Estados, por exemplo, os princípios dos artigos 37 a 40 da Constituição Federal referentes à Administração Pública. Outros, contudo, exigem maior atenção para serem identificados, gerando limitações expressas e implícitas e outros ainda decorrentes do sistema adotado. Sobre o tema: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.593-598. Outra forma de analisar as limitações do poder constituinte do Estado-membro é a proposta por Raul Machado Horta. O autor afirma que no federalismo brasileiro existem três elementos informadores da natureza do poder constituinte: a origem jurídica, a delimitação da competência e a atividade sucessiva à do constituinte federal. Com a precedência lógico-jurídica do constituinte federal, torna-se a Constituição Federal a sede das normas centrais que condicionam as Constituições Estaduais. As normas centrais podem se referir aos princípios constitucionais informadores do regime político (por exemplo, o presidencialismo e a federação). Outro grupo de normas centrais é constituído pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal (sua identificação demanda interpretação sistemática do texto constitucional, por exemplo, a divisão de competências). O terceiro grupo de normas centrais é formado pelas regras de pré-organização do Estado-membro na Constituição Federal que também afetam a liberdade criadora do poder constituinte decorrente. Consistem em normas de reprodução obrigatória, não de imitação, que exprimem a cópia de técnicas ou institutos por influência do texto da Constituição Federal (HORTA, Raul Machado. **Poder constituinte do Estado-membro**. Revista de direito público, n. 88, p. 06-17, out./dez. 1988).

²⁸ Anna Cândida da Cunha Ferraz aponta que o primeiro conteúdo da autonomia é a auto-organização que consiste na capacidade de que é dotada a unidade federada de dar-se uma organização que descansa sobre suas próprias leis. Nestes termos, o primeiro elemento da autonomia estadual é a capacidade atribuída à unidade federada para dar-se uma constituição particular (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder constituinte do Estado-membro...**, p. 54).

Por fim, alude-se ao poder constituinte derivado ou reformador²⁹. Também é definido como uma forma de poder constituído que tem a função de alterar a constituição justamente para atualizá-la e, assim, assegurar a continuidade da ordem jurídica³⁰, sendo que suas limitações jurídicas vêm previstas expressa e implicitamente no próprio texto constitucional. No direito brasileiro, o poder

²⁹ Há uma discussão sobre a possibilidade de designar a competência para reformar a Constituição como uma atuação de um poder passível de ser designado como constituinte (ainda que adjetivado como reformador). De um lado, há a posição que identifica o poder de reforma com o poder constituinte, tendo em vista que ambos elaboram norma constitucional e, de outro, defende-se que são categorias distintas, pois o poder de reforma é constituído e delimitado em sua ação pela própria constituição (SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 144). Brito posiciona-se no sentido de que poder constituinte é apenas o originário, caracterizando-se por uma ambigüidade insuperável a expressão poder constituinte constituído ou derivado. Assim, por ser potência, a atuação do poder constituinte não se confunde com a dos entes que exercem competência (BRITO, Edvaldo. **Limites...**p. 74-75). Na mesma linha, propugnando pela adoção da expressão poder reformador ou poder revisor: SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. 3ed. Belo Horizonte: Nova Alvarada, 1994, p. 109. De outro lado, Carlos Sanchez Viamonte sustenta que é constituinte toda criação ou modificação constitucional proveniente do poder constituinte que é função e também qualidade característica desta função, pois não se trata apenas de formas ou procedimentos, mas sim da qualidade ou natureza da função que se exerce e da matéria sobre a qual se exerce. Afirma que uma vez ditada a constituição, o poder constituinte entra em repouso, mas permanece vivo e operante nas disposições constitucionais normativas nas quais adquire vigência e estabilidade. Nestes termos, quando se exercita o poder constituinte para reformar ou revisar uma constituição cumpre-se uma “etapa de continuidade” (VIAMONTE, Carlos Sanchez. **Manual de derecho constitucional**. Buenos Aires: Kapelusz, 1956, p. 66-67). No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins defendem que o poder constituinte é fundamentalmente uma função e, portanto, tem razão os que afirmam que também na etapa de reforma da constituição existe uma manifestação do poder constituinte. Então, caso se trate do tema no âmbito da função, é possível afirmar que poder constituinte é aquele que participa da criação e distribuição das competências supremas do Estado e, cada vez que existe uma redistribuição ou uma reformulação destas competências, ocorre uma manifestação do poder constituinte (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, vol. I, p. 143). Também Segundo Linares Quintana identifica a atividade de reforma da constituição como ato do poder constituinte constituído, pois a constituição só pode ser modificada por meio do exercício de um poder da mesma natureza daquele que a instituiu (QUINTANA, Segundo V. Linares. **Derecho constitucional e instituciones politicas**: teoria empirica de las instituciones politicas. t. 2. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, p. 447). Não obstante estes posicionamentos, prefere-se designar a competência para alteração da constituição como poder de reforma constitucional, tendo em vista que se trata de um poder constituído, reservando a expressão poder constituinte para definir o originário.

³⁰ Discutir-se-á no item 1.3 o que fundamenta a ação do poder constituinte derivado, mas cabe aqui registrar que a idéia é basicamente assegurar força normativa à Constituição vigente diante da realidade, atualizando-a sem que seja necessária a solução de continuidade. Sobre o tema: VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional**: poder constituyente: fundacional; revolucionário; reformador. t. 1. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 174. Da mesma forma, Maurício Antônio Ribeiro Lopes enfatiza que a reforma constitucional não pode deixar de ser vista como uma condição e como uma cláusula de garantia da permanência da constituição (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 113).

constituente reformador sofre limites formais, circunstanciais e materiais, ao contrário do que se afirma quanto ao poder constituinte originário³¹.

Com efeito, a constituição pode ser reformada mediante de procedimentos formais (emenda e revisão constitucional) e informais (mutação constitucional) de alteração constitucional.

Assim, ao lado das reformas constitucionais formais, mesmo as constituições rígidas sofrem um tipo de modificação denominada mutação constitucional que ocorre sem qualquer alteração no texto³². Inclusive, defende-se esta modalidade de mudança constitucional como uma forma de coibir ou diminuir reformas constitucionais formais³³.

Então, tem-se que a mutação constitucional é a alteração não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais por meio da interpretação judicial³⁴, administrativa, legislativa^{35 36}.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso...**, p. 125.

³² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança na Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 03. Mais recentemente, Uadi Lammêgo Bulos também enfatizou a possibilidade de mutações constitucionais em Constituições rígidas (BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutações constitucionais** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 84).

³³ Nesse sentido, Karl Loewenstein observa que as reformas constitucionais são absolutamente imprescindíveis como adaptações da dinâmica constitucional às condições sociais, mas cada intervenção deve ser efetuada apenas com grande cuidado e muita reserva. Afirma também que as reformas constitucionais empreendidas por razões oportunistas desvalorizam o "sentimento constitucional". Ainda, acrescenta que as razões para a estabilidade de determinadas constituições (Estados Unidos, Noruega, Suécia, Bélgica) radicam na extraordinária dificuldade a que estão submetidas as reformas constitucionais e principalmente no fato da prática estatal ter efetuado por meio de mutações constitucionais a acomodação das modificações sociais, não tendo sido necessária a alteração formal do texto (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 175, 199-200). Também, Gustavo Just da Costa e Silva observa que a permanência e a transformação das normas constitucionais podem ser formais e substanciais. A transformação substancial pode conviver com a permanência formal (hipótese de mutação constitucional), ao passo que a transformação do texto implica a modificação substancial. A mera transformação material não acarreta um sacrifício tão intenso à estabilidade constitucional como a transformação material aliada à formal (SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 55).

³⁴ A interpretação judicial é um importante instrumento ou meio de mutação constitucional. Como exemplos de mutações constitucionais decorrentes da interpretação do órgão judiciário, aponta-se a atuação da Suprema Corte norte-americana quanto à "cláusula do comércio entre os Estados". A Constituição norte-americana atribuiu ao Congresso competência para regular o comércio interestadual. A idéia originária da cláusula era evitar barreiras aduaneiras entre os Estados, mas a Suprema Corte interpretou o dispositivo de forma bem mais ampla, afirmando que a competência do Congresso de regular o comércio entre os Estados era total e abarcava inclusive o comércio intra-estatal. Outro exemplo retirado do direito norte-americano é o da cláusula do devido processo legal que de simples ditame de observância das leis passou a ser entendida pela Suprema Corte como garantidora de direitos e condicionadora da ação governamental (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha.

Consistem em alterações que se processam geralmente de forma lenta³⁷ e, por isso, demandam uma estabilidade do texto constitucional³⁸.

Processos informais de mudança na Constituição..., p. 131-132). Mas, de fato, o maior exemplo de construção constitucional jurisdicional é a decisão proferida pelo *Chief Justice* Marshall no caso *Marbury vs Madison*. Sobre o tema: SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular...**, p. 292. Note-se que no contexto do Estado Social, a jurisdição constitucional assumiu papel significativo na concretização da constituição, sendo inclusive definida como a forma por excelência de poder constituinte permanente responsável pela realização e atualização da ordem constitucional. Para uma visão crítica desta questão: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente?* In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 69. Para uma abordagem da atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro como poder constituinte permanente e da mudança de atitude que ocorreu na corte a partir de 2003, é interessante a análise feita Enzo Bello. O autor afirma que a partir deste ano ocorreu uma alteração na postura do Supremo na medida em que corporificou a junção entre direito e política. Arrola especialmente o caso Siegfried Ellwanger (HC n. 82.424-RS) e o caso de fixação de parâmetros quanto ao número de vereadores (RE n. 197.918-8). (BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo(s), mutação constitucional e o papel do STF: uma análise à luz da democracia deliberativa. In: BELLO, Enzo; VIEIRA, José Ribas; NUNES, Wanda Claudia Gallazzi (Org.). **Teoria constitucional contemporânea e seus impasses**. Rio de Janeiro: PUC: Programa de Pós-Graduação em Direito, 2005, p. 68-71).

³⁵ Anna Cândida da Cunha Ferraz analisa também outras modalidades de interpretação constitucional (autêntica, popular e doutrinária), cuja contribuição, no entanto, para a alteração informal da Constituição é mais reduzida (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança na Constituição...**, p. 09, 165-173). Uadi Lammêgo Bulos, por sua vez, arrola como mutações constitucionais as operadas em virtude de interpretação constitucional, decorrentes de práticas constitucionais e da construção constitucional (BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional...**, p. 71).

³⁶ Quanto a essa definição de mutação constitucional trazida no texto, José Ribas Vieira, Josué Mastrodi Neto e Vanice Lírio do Valle afirmam que se trata de uma definição excessivamente dogmática. A partir da análise da doutrina recente norte-americana, os autores sustentam que a teoria da mudança constitucional tem uma abrangência muito maior, mais política, pois reveste o texto constitucional como um todo e abandona a inspiração normativista em busca de uma democracia de direitos. Para uma discussão mais detalhada do assunto: VIEIRA, José Ribas; MASTRODI NETO, Josué; VALLE, Vanice Lírio do. A teoria da mudança no constitucionalismo americano: limites e possibilidades. In: DUARTE, Fernando; VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40.

³⁷ Embora não se descarte a possibilidade de existirem mutações constitucionais que ocorram com rapidez. Neste sentido: BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional...**, p. 62; HESSE, Konrad. *Limites de la mutación constitucional*. In: VILLALÓN, Pedro Cruz (Org.). **Escritos de derecho constitucional**. Tradução: Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madri: Centro de Estudios constitucionales, 1992, p. 86-87.

³⁸ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 180. Desta maneira, é possível entender porque no direito norte-americano há vários exemplos de mutação constitucional decorrente de interpretação evolutiva da Constituição, ao passo que na América Latina a evolução constitucional decorrente de decisões jurisprudenciais, por exemplo, é mais contida. Fatores como a predominância política do Executivo, as freqüentes reformas constitucionais e a própria instabilidade constitucional e institucional favorecem esta realidade. Nesta linha: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança na Constituição...**, p. 133; SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular...**, p. 292. Também passa a ser compreensível porque é equivocado falar que a Constituição norte-americana é a mesma. A Suprema Corte já a interpretou de maneiras tão diversas entre si que não se pode afirmar a unidade de seu conteúdo, embora o texto possa ter permanecido pouco alterado (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 116).

A mutação constitucional é obra de uma forma não organizada de poder constituinte – o poder constituinte difuso³⁹ – que é mais propriamente um poder constituído e limitado. Portanto, para que se possa falar em mutação constitucional é necessário que alteração de sentido, de significado ou alcance da norma constitucional não ofenda a constituição, embora a atualize, tendo em vista que se trata de manifestação de uma espécie de poder subordinado⁴⁰.

Quanto aos mecanismos formais de alteração constitucional, verifica-se a previsão na Constituição de 1988 da revisão e da emenda constitucional⁴¹. Desta forma, tem-se que a expressão reforma constitucional é genérica e abarca o procedimento de emenda e de revisão constitucional, os quais têm significados distintos, embora, conforme observação de José Afonso da Silva, a doutrina brasileira ainda se equivoque no emprego dos termos^{42 43}.

³⁹ Nesses termos, Georges Burdeau afirma que “il y a un exercice quotidien du pouvoir constituant qui, pour n’être pas enregistré par les mécanismes constitutionnels, ni par les sismographes des révolutions, n’en est pas moins réel... Il m’a paru toutefois que la science politique se doit de mentionner l’existence de ce pouvoir constituant diffus, qu’aucune procédure ne consacre” (BURDEAU, Georges. **Traité de science politique**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1950, p. 244-245). Tradução livre: “há um exercício quotidiano do poder constituinte que, por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, nem pelos sismógrafos da revolução, não é menos real... contudo, a ciência política deve mencionar a existência deste poder constituinte difuso, que nenhum procedimento consagra”.

⁴⁰ Além das mutações constitucionais, Anna Cândida da Cunha Ferraz trata das denominadas mutações inconstitucionais, dividindo-as em processos materialmente inconstitucionais e processos anômalos (ex. inércia constitucional, desuso no plano constitucional, mudança tácita da Constituição). (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança na Constituição...**, p. 11, 214-251). O que se verifica é que em se tratando de atuação de um poder limitado (poder constituinte difuso) não se pode acolher as formulações da denominada teoria tradicional das mutações constitucionais (representada por Laband, Jellinek, Hsü-Dau-Lin) que as conceitua de forma bem ampla definindo inclusive como mutações aquelas decorrentes das práticas políticas que estão em oposição a preceitos constitucionais. As mutações apenas serão aceitáveis se forem legítimas, ou seja, se estiverem em conformidade com a constituição. Sobre o tema: SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular...**, p. 283-285. Ainda, propugnando por um conceito restrito de mutação constitucional, em oposição à doutrina tradicional, é a concepção de Konrad Hesse. O autor considera o texto constitucional como um limite à mutação. Trata-se de uma garantia que não impede a capacidade da constituição responder às mudanças históricas e preservar a sua continuidade. Acrescenta que todas as mudanças que violem a constituição não podem ser consideradas mutações constitucionais, mas sim quebra constitucional ou anulação constitucional (HESSE, Konrad. **Limites de la mutación constitucional...**, p. 102-103).

⁴¹ A Constituição de 1934 também diferenciou expressamente emenda e revisão constitucional. A emenda era destinada às alterações que não modificassem a estrutura política do Estado, a organização ou a competência dos poderes da soberania e o próprio artigo 178. A revisão, por sua vez, prestava-se à alteração destas matérias. Havia distinção também quanto ao procedimento. O procedimento para iniciativa e aprovação da revisão era mais rigoroso (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte...**, p. 131).

⁴² Talvez isso ocorra pelo fato das constituições brasileiras já terem empregado os termos reforma, emenda, revisão e, inclusive, modificação constitucional. Neste sentido: SILVA, José Afonso.

A revisão constitucional veio disciplinada no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Muito se discutiu quanto a sua extensão e limites⁴⁴. Alguns autores defendiam que a competência revisora seria ilimitada⁴⁵, outros que haveria uma limitação maior em relação às emendas na medida em que a revisão somente seria admitida se o plebiscito previsto no artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias modificasse a forma ou o sistema de governo⁴⁶.

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 981/PR, o Supremo Tribunal Federal indeferiu a medida liminar e rejeitou a tese da vinculação da revisão ao resultado do plebiscito⁴⁷. Ademais, prevaleceu a posição de que a revisão submete-

Curso de direito constitucional positivo..., p. 61. Analisando as Constituições brasileiras, verifica-se que a Constituição do Império e a Constituição de 1891 falavam em reforma. Já a Constituição de 1934 refere-se à emenda, revisão e reforma no artigo 178. A Constituição de 1937 alude à emenda, modificação e reforma (artigo 174). A Constituição de 1946, por sua vez, trata a emenda como espécie do gênero reforma (artigo 217) e as Constituições de 1964 e 1969 falam apenas de emenda. Mas são categorias jurídicas distintas cujas especificidades devem ser destacadas principalmente sob a égide da Constituição de 1988. Sobre o tema: LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 158-161.

⁴³ Lopes discorda da formulação de José Afonso da Silva e não aceita a definição de reforma como gênero. Para o primeiro autor, a reforma é um processo político e institucional de reconstrução da ordem constitucional por afetação da superestrutura do Estado, enquanto a revisão é um processo político e legislativo de evolução constitucional e a emenda um processo legislativo que serve como via de penetração das alterações ordinárias na Constituição (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 126, 160). No entanto, a concepção de José Afonso da Silva é acatada pela doutrina majoritária. Neste sentido: AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição: um atentado ao poder reformador**. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 134; SANTANA, Jair Eduardo. **Revisão constitucional: reforma e emendas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 87. Ainda, José Horácio Meirelles Teixeira também tratou reforma com gênero (TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.208) e Luis Pinto Ferreira chegou a afirmar que, em sentido amplo, reforma, revisão ou emenda da Constituição são conceitos que se identificam, tratando-se, apenas, de questão de nomenclatura que não modifica a substância e não significa nada quanto ao poder de reforma (FERREIRA, Luis Pinto. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 655).

⁴⁴ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37.

⁴⁵ A denominada tese maximalista defendia a revisão ampla e ilimitada, inclusive com relação às cláusulas pétreas. Sobre o tema: SANTANA, Jair Eduardo. **Revisão constitucional...**, p. 117; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 176-177.

⁴⁶ Trata-se da tese denominada minimalista, pois propugnou que a revisão deveria se ater a adaptar o texto constitucional aos resultados do plebiscito sobre sistema e forma de governo. Foi sustentada por Geraldo Ataliba (ATALIBA, Geraldo. **Revisão constitucional**. **Revista de direito público**, n. 95, jul./set. 1990, p. 33-36) e Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional...**, p. 186) e também por Walber de Moura Agra (AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição...**, p. 139). Contudo, não mereceu acolhida por sustentar uma vinculação reputada inexistente entre os artigos 2º e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Sobre o tema: LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 176-177.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 981/PR. Relator: Ministro Néri da Silveira, julgada em 17/12/1993, publicada em 05/08/1994.

se aos mesmos limites materiais e circunstanciais das emendas, embora sofra limitações procedimentais e temporais específicas⁴⁸.

Observa-se, entretanto, que ao passo que a emenda é a via permanente de reforma da constituição, a revisão caracteriza-se por ser extraordinária e transitória⁴⁹. Uma vez realizada a revisão constitucional⁵⁰, não subsiste mais a possibilidade de seu emprego na ordem constitucional vigente tendo em vista que foi prevista em norma transitória (artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) e, como tal, tendo sido aplicada, esgotou-se em definitivo⁵¹. Ou seja, trata-se de norma constitucional de eficácia exaurida.

Assim, resta como possibilidade de alteração formal da constituição apenas o mecanismo das emendas constitucionais e é nestas que a abordagem da presente dissertação se concentra. Serão analisados os fundamentos teóricos do poder de reforma da constituição, sua titularidade, as limitações materiais, formais e circunstancias explícitas no texto constitucional, bem como as implícitas.

Trata-se de um estudo necessário no cenário constitucional brasileiro tendo em vista o número de emendas levadas a cabo em menos de vinte anos de vigência

⁴⁸ A respeito do tema: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 199; HORTA, Raul Machado. Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional. **Revista brasileira de estudos políticos**, n. 78/79, p. 07-25, jan./jul. 1994; PIMENTA, José Carlos. A rigidez constitucional desafiada: reforma ou reformismo no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 137-146. Quanto aos limites temporais, diferentemente das emendas, a revisão constitucional deveria observar o prazo de cinco anos após a promulgação da Constituição. Conforme observação de Michel Temer, esta previsão não significava a necessidade da revisão ocorrer no quinto ano, pois o artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deixou a escolha do momento revisional à discricção e competência do Congresso Nacional desde que passados cinco anos. No que concerne aos limites procedimentais, verifica-se que a revisão constitucional deu-se com exigência de menor *quorum* (maioria absoluta) do que as emendas (maioria qualificada), sendo realizada em sessão unicameral (TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional...**, p. 37).

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional...**, p. 184-185. No mesmo sentido: HORTA, Raul Machado. **Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional...**, p. 08.

⁵⁰ Foram realizadas seis modificações por meio de emendas de revisão. A primeira alteração ocorreu em 01 de março de 1994 com a inserção de três artigos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias instituindo o Fundo Social de emergência. As demais emendas de revisão datam de 07 de junho de 1994 e versam sobre alteração dos artigos 50, 12, 14, 82 e 55 da Constituição Federal. José Afonso da Silva tece críticas a estas tímidas modificações realizadas pela via revisional (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo...**, p.66).

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo...**, p. 62. No mesmo sentido é posição de Paulo Bonavides, embora pontuando que a revisão não deveria ter ocorrido na medida em que povo não quis alterar a forma e o sistema de governo (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional...**, p. 186).

da Constituição de 1988, sendo muitas destas pontuais e veiculando matérias de questionável necessidade de tratamento no texto constitucional⁵².

Nesses termos, aponta-se que “no Brasil, pratica-se um paradoxo: à vista de seu texto constitucional excessivamente analítico, traz-se para o terreno das Emendas Constitucionais a inflação desmedida da produção legislativa, gerando, no plano constitucional – esse que deveria ser o elemento máximo de estabilidade -, um estado de permanente ebulição”⁵³.

Portanto, torna-se imprescindível o esforço de uma articulação teórica entre a dinâmica das alterações constitucionais e a estabilidade propugnada pelo constitucionalismo principalmente quando se trabalha com uma constituição rígida como a Constituição brasileira de 1988.

1.2 Teorias sobre o poder reformador

1.2.1 Considerações iniciais

Antes, porém, de adentrar à análise específica do processo de alteração constitucional pela via de emenda no direito brasileiro é pertinente focar algumas teorias que respaldam a atuação do poder reformador.

Foram eleitos três autores de distintos marcos teóricos para tratar do tema⁵⁴. Primeiramente, tratar-se-á da formulação de Emmanuel Joseph Sieyès, que se

⁵² Como exemplo de alteração pontual do texto constitucional tem-se a Emenda Constitucional n. 11/96, que alterou o texto constitucional para permitir a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades federais e concedeu autonomia às instituições de pesquisa científica e tecnológica. Outra pequena modificação no texto constitucional se deu por meio da Emenda n. 31/00 que se limitou a alterar o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para criar o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. O que se pretende não é valorar negativamente o conteúdo destas emendas citadas como exemplo, mas apenas se busca demonstrar a ocorrência de alterações formais do texto constitucional em razão de questões pontuais.

⁵³ VIEIRA, José Ribas; MASTRODI NETO, Josué; VALLE, Vanice Lírio do. **A teoria da mudança no constitucionalismo americano: limites e possibilidades...**, p. 10. Sobre o tema, tratando mais especificamente das necessidades de alterações nas constituições analíticas, conferir: SANTOS, Gustavo Ferreira. Constituição e democracia: reflexões sobre permanência e mudança da decisão constitucional. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 163-174, abr./jun. 2006.

⁵⁴ Com essa escolha baseada nos marcos teóricos, acabou-se deixando de tratar das concepções sobre poder constituinte de outros importantes autores como Maurice Hauriou, que parte da afirmação da existência de uma superlegalidade constitucional que vai além do previsto na constituição escrita e abrange também os princípios fundamentais do regime. Trata-se de uma postura que pretende superar o conceito positivista de constituição escrita. Também é possível uma abordagem do poder constituinte a partir da perspectiva materialista, pois, embora o marxismo não

insere no marco das teorias racionalistas e contratualistas. É fundamental analisar a obra de Sieyès na medida em que foi o grande responsável pela sistematização teórica do poder constituinte.

Na seqüência, será abordada a postura decisionista de Carl Schmitt sobre constituição e o poder constituinte. Trata-se de uma posição pioneira que busca romper com a tradição liberal do poder constituinte e que, portanto, merece ser enfocada.

Por fim, analisa-se a proposta dialética de Hermann Heller que procura ser uma alternativa ao normativismo liberal e ao decisionismo de Schmitt. As considerações de Heller são especialmente importantes para a compreensão da necessidade e da importância das reformas constitucionais, justificando-as, mas com o cuidado de não romper com a força normativa da constituição.

Há que se pontuar, entretanto, que os referidos autores não tiveram como preocupação central a abordagem apenas do poder de reforma da constituição. Mas, no âmbito de cada teoria, podem ser extraídas formulações que sustentam a reforma constitucional a partir das distintas perspectivas.

1.2.2 Sieyès e a distinção entre poder constituinte e poder constituído

Conforme pondera Paulo Bonavides, o poder constituinte e a sua teoria são questões distintas. O primeiro sempre existiu, pois sempre houve o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua organização. No entanto, uma teoria sobre este poder só surgiu a partir do século XVIII por obra da reflexão iluminista⁵⁵. Em suma, consiste em uma teoria sobre a legitimidade do poder que tem como precursor o abade francês Emmanuel Joseph Sieyès⁵⁶.

tenha se preocupado especificamente com o poder constituinte, aceita a noção de poder constituinte originário como uma energia ou potência organizadora de toda ordem política. Sobre o tema: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do constitucionalismo. **Revista de informação legislativa**, n. 91, jul./set. 1986, p. 05-62; VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p. 29-39.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional...**, p. 120. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte...**, p. 03.

⁵⁶ Questiona-se, contudo, a antecedência histórica e a originalidade das formulações de Sieyès, pois se afirma que quando este teorizou sobre o poder constituinte os americanos já haviam experimentado na teoria e na prática (com as convenções e a constituição de 1787) a distinção entre poderes constituídos e poder constituinte. Aliás, o maior crítico da originalidade de Sieyès foi

A obra mais conhecida de Sieyès é *Qu'est-ce que le Tiers État?*⁵⁷, trata-se de um opúsculo editado em fevereiro de 1789 no qual Sieyès propõe igualdade de direitos para o Terceiro Estado, clero e nobreza⁵⁸. Na obra, o autor também expõe as noções de poder constituinte e representação política em torno das quais se desenvolveu o constitucionalismo moderno⁵⁹.

Sieyès viveu entre 1748 e 1836, período marcado pelo fortalecimento do racionalismo e da eclosão da Revolução Francesa em 1789. Aliás, não se questiona a filiação do pensamento de Sieyès ao jusnaturalismo⁶⁰. Trata-se também do período em que as constituições modernas surgem (século XVIII)⁶¹, tendo o autor

Lafayette que via inclusive regressões no pensamento do abade tendo em vista que misturou a função constituinte com a legislativa. Sobre o tema: PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição...**, p.11. No entanto, é prudente a observação de Oliver Beaud no sentido de que as origens intelectuais do poder constituinte remontam às teorias de Locke e George Lawson. Mas, diferente de ambos e de Emer de Vattel, Sieyès deu conta de teorizar de forma sistemática o conceito de poder constituinte (BEAUD, Olivier. **La puissance de l'état**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 224). Em sentido análogo, Paul Bastid afirma que na doutrina de Sieyès há uma importante sistematização de várias idéias que, embora anteriores, eram esparsas (BASTID, Paul. **L'idée de constitution**. Paris: Economica, 1985, p. 137 e 141). Da mesma forma, Vanossi aponta que o mérito de Sieyès reside na formulação doutrinária do poder constituinte (VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p. XXVIII).

⁵⁷ Usar-se-á a versão traduzida da obra: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?** Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1986. Além desta obra, Sieyès também influenciou o processo revolucionário francês com mais três opúsculos: *Essai sur les privilèges*, *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789* e *Delibérations à prendre dans les Assemblées*. Sobre o tema: MAÍZ, Ramón. Introducción. In: MAÍZ, Ramón (Org.). **Estritos y discursos de la revolucion**. Tradução: Ramón Máiz. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992, p. XXV.

⁵⁸ VIEIRA, José Ribas. Prefácio. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?** Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1986, p.24-25.

⁵⁹ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p. 05.

⁶⁰ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p. 09-10.

⁶¹ Sobre a "história do constitucionalismo", Maurizio Fioravanti pondera que rigorosamente não existe uma história deste gênero posto que nunca existiu um constitucionalismo, mas sim várias doutrinas da constituição com a intenção de representar no plano teórico a existência (ou a necessidade) de uma constituição, de um ordenamento geral da sociedade e de seus poderes. Analisa, assim, as doutrinas constitucionais da antiguidade (gregas e romanas), medievais e modernas. A doutrina do poder constituinte refere-se necessariamente às constituições modernas. Na acepção medieval, a constituição mista representa o caráter plural da sociedade e dos poderes que nela se expressam. Assenta-se na noção de *potestas temperata*, ou seja, uma imagem e uma prática do poder monárquico limitado por outros componentes da constituição e, também, por instituições dentro das quais estavam representadas distintas partes da comunidade política. As doutrinas da soberania que surgem a partir do século XVI questionam esta ordem, pois passam a defender o poder absoluto contra uma ordem fundada em vários acordos e convênios. O constitucionalismo revê vários aspectos das doutrinas da soberania e, posteriormente, passa-se à defesa da democracia constitucional (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001, p. 11-12, 56, 71-164).

defendido, de forma pioneira, que a constituição não poderia ser outra coisa senão obra do povo soberano⁶².

Sieyès elaborou a obra *Qu'est-ce que le Tiers État?* quando a França vivia uma profunda crise sócio-econômica. Diante da situação que acometia a França, Luis XVI convocou uma Assembléia de Notáveis, composta por cento e quarenta membros da aristocracia, clerical e laica, com o objetivo de solucionar a crise fiscal. No entanto, a aristocracia exigiu a convocação dos Estados Gerais, pois entendia que apenas este tinha competência para discutir uma reforma na tributação francesa⁶³.

A reforma tinha por objetivo o aumento da tributação para suprir o déficit orçamentário. Mas, clero e nobreza teriam muitos direitos assegurados, razão pela qual se deflagrou o processo revolucionário de 1789⁶⁴.

Assim, em junho de 1789, os representantes do Terceiro Estado declararam a sua legitimidade de instituírem uma Assembléia Nacional Constituinte, mesmo sem a presença do clero e da nobreza, e elaborar uma constituição para a sociedade francesa. Para tanto, os aportes de Sieyès foram de significativa relevância⁶⁵.

O raciocínio de Sieyès parte da representação para chegar ao poder constituinte e a constituição⁶⁶. Defende que apenas a nação é titular do direito de

⁶² A noção de poder constituinte do povo soberano (ou da nação na formulação de Sieyès) põe em discussão a relação até então existente entre a tradição constitucionalista e a soberania popular. Com efeito, o exercício do poder constituinte representa uma indiscutível manifestação da soberania mediante a qual um sujeito coletivo pretende reconstruir toda uma forma política. De fato, este era o maior temor da doutrina constitucionalista vigente. Mas o que é extraordinário é que a mesma vontade soberana tende a se associar explicitamente à constituição. Então, o poder constituinte representa o ponto em que as distintas e opostas tradições (da soberania e o constitucionalismo) tendem a confluir. Sobre o tema: FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución...**, p. 103-104.

⁶³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma.** São Paulo: Malheiros, 1999, p. 46.

⁶⁴ VIEIRA, José Ribas. **Prefácio...**, p. 24.

⁶⁵ VIEIRA, José Ribas. **Prefácio...**, p. 25-26.

⁶⁶ Define-se a teoria de Sieyès como um esforço de conciliação entre a soberania popular de Rousseau e o regime representativo. A influência de Rousseau no pensamento de Sieyès é de fácil percepção na medida em que, assim como Rousseau, Sieyès defende a impossibilidade do soberano (nação em Sieyès) vincular-se a si próprio. Contudo, Sieyès não deixa de ser um herdeiro paradoxal de Rousseau, pois adota o princípio representativo no exercício do poder constituinte. Sobre as influências de Rousseau em Sieyès: BRITO, Miguel Nogueira de. **A constituição constituinte...**, p. 80-83.

elaborar a constituição⁶⁷. Assim, o poder constituinte representa na doutrina de Sieyès a libertação da vontade nacional que tem caráter absoluto⁶⁸.

Ao analisar a formação das sociedades políticas, Sieyès identifica três etapas cuja análise é importante para a compreensão da sua teoria. Na primeira etapa, tem-se um número considerável de indivíduos que desejam se reunir. Trata-se de época que se caracteriza pelo jogo das vontades individuais e que tem como obra a associação⁶⁹.

A segunda etapa apresenta como nota característica a “ação pela vontade comum” na medida em que os associados querem dar consistência a sua união. Desta forma, discutem entre si e chegam a um acordo sobre os bens públicos e os meios de obtê-los. Sem a vontade comum, a comunidade não consegue ser um todo capaz de querer e agir⁷⁰.

No entanto, como os associados são muito numerosos e dispersos, separam o que é preciso ser velado e provido pelas atenções públicas e confiam (delegam) o exercício desta porção da vontade nacional e do poder em alguns dos associados. Aqui reside a origem do governo por procuração⁷¹.

Na terceira etapa, não é mais a vontade comum real que age, mas sim a vontade comum representativa, sendo que esta não é plena e ilimitada, mas apenas uma parte da vontade comum e também os delegados não a exercem como um direito próprio, mas sim como direito do outro⁷².

A partir da análise das etapas da formação política⁷³, Sieyès passa a enfocar a constituição deste corpo político. Todo governo comissionado deve ter uma

⁶⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa...**, p. 113. Sobre a distinção entre povo e nação como titulares do poder constituinte, Carl Schmitt afirma que com frequência se consideram os conceitos de povo e nação como equivalentes. Contudo, pontua que a palavra nação é mais expressiva e induz menos a erros, pois designa o povo como unidade política com capacidade de agir e com consciência de sua singularidade política, enquanto o povo simplesmente é uma associação de homens unidos por algum motivo, mas não é necessariamente uma união política (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2001, p. 96).

⁶⁸ BRITO, Miguel Nogueira de. **A constituição constituinte...**, p. 73.

⁶⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa...**, p. 114.

⁷⁰ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa...**, p. 115.

⁷¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa...**, p. 115.

⁷² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa...**, p. 116.

⁷³ Vanossi sintetiza as três etapas da formação das sociedades políticas descritas por Sieyès com base no verbo que conjuga a comunidade em cada momento: na primeira, a nação é (estado da natureza); na segunda, a nação faz (vontade geral) e, na terceira, a nação põe a fazer o governo por

organização, pois este só pode existir da forma como a nação determinar. Ademais, a nação tem interesse que o poder público delegado não possa nunca chegar a ser prejudicial a quem o delegou, motivo pelo qual várias precauções políticas são introduzidas nas constituições⁷⁴.

Em Sieyès, observa-se a defesa de que a nação existe antes de tudo, sendo a sua vontade sempre legal, ou melhor, a lei em si própria. Anterior à nação, existe apenas o direito natural. A constituição, por sua vez, é obra do poder constituinte e não de um poder constituído e, portanto, as leis constitucionais são fundamentais não porque podem se tornar independentes da vontade nacional, mas porque os corpos constituídos não podem tocá-las⁷⁵.

A nação não sai do estado da natureza, tendo sempre o direito de alterar a ordem vigente⁷⁶. Os representantes ordinários da nação estão encarregados de exercer, nos termos definidos na constituição, toda porção da vontade comum que é necessária para a manutenção de uma boa administração. Já os representantes extraordinários têm outro poder atribuído da forma como aprovar à nação. Como, de fato, uma grande nação não pode se reunir todas as vezes em que as circunstâncias exigem, confia aos representantes extraordinários os poderes necessários para estas ocasiões⁷⁷.

Diferente da representação ordinária, na extraordinária não há nenhuma condição pré-estabelecida, não estando os representantes obrigados a respeitar as

ela criado por meio da noção de representação política (VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional...**, p. 15-16).

⁷⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa...**, p. 116-117.

⁷⁵ Sieyès divide as leis constitucionais em leis que regulam a organização e as funções do corpo legislativo e que determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. As primeiras são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição, ao passo que as segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa...**, p. 116-117).

⁷⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa...**, p. 120.

⁷⁷ Trata-se de um ponto criticado na teoria de Sieyès. Antonio Negri afirma que como o poder constituinte é absorvido pela máquina de representação, o caráter ilimitado da expressão constituinte é limitado na sua gênese e submetido às regras e à extensão relativa do sufrágio. Em síntese, “a idéia de poder constituinte é juridicamente pré-formada quando se pretendia que ela formasse todo o direito, é absorvida pela idéia de representação política quando se almejava que ela legitimasse tal conceito” (NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaios sobre as alternativas da modernidade**. Tradução: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 11). Também Carl Schmitt critica a doutrina do poder constituinte de Sieyès por ceder à noção liberal de representação (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 97). No direito brasileiro: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional...**, p. 124.

formas constitucionais até porque devem regulá-las. Todavia, os representantes só o são para um único assunto e por tempo determinado ⁷⁸.

Então, alguns autores identificam duas fases do pensamento de Sieyès sobre o poder constituinte. Na primeira, há um maior pendor revolucionário, pois o poder constituinte afirma a não submissão da nação à constituição e também a possibilidade de retorno a uma fase pré-constitucional⁷⁹.

Contudo, com a aceleração do processo revolucionário e multiplicação de projetos constitucionais falhados, Sieyès passou a defender um instrumento destinado a assegurar a estabilidade do edifício constitucional⁸⁰. Neste momento, Sieyès apresenta sua concepção sobre o *jury constitutionnaire* ou Tribunal Constitucional⁸¹, entidade dotada de certas atribuições constituintes⁸², mas

⁷⁸ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa...**, p. 121-123.

⁷⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. **A constituição constituinte...**, p. 74. Para Oliver Beaud, pode-se identificar duas noções distintas de poder constituinte em Sieyès: a primeira, corresponde a um poder “desconstituinte” referente ao momento revolucionário, de abolição da ordem anterior, e, a segunda noção, alude ao poder “reconstituinte” que é a modalidade constitucional de exercício do poder constituinte (BEAUD, Olivier. **La puissance de l'état...**, p. 229).

⁸⁰ Defende, basicamente, a necessidade de previsão de garantias da constituição (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los títulos IV y V del proyecto de constitucion: pronunciado em la convención del 2 de Thermidor del año III de la República. In: MAÍZ, Ramón (Org.). **Estritos y discursos de la revolucion**. Tradução: Ramón Máiz. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992, p. 254).

⁸¹ Na definição de Paul Bastid, o *jury constitutionnaire* é “doté de certaines attributions constituintes, chargé de préparer l'amélioration des lois fondamentales en même temps que d'assurer leur stricte observation (BASTID, Paul. **L'idée de constitution...**, p. 142). Tradução: “é dotada de certas atribuições constituintes, encarregada de preparar melhoramentos nas leis fundamentais ao mesmo tempo em que deve assegurar a sua estrita observação”. Verifica-se, contudo, que Sieyès emprega indistintamente os termos *jury de Constitution*, *jurie constitutionnaire*, *jury constitutionnaire* e, inclusive, Tribunal Constitucional. Usou os termos para se referir a um corpo de representantes com a missão especial de julgar as reclamações contra todo descumprimento da constituição (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Limites de la soberania. In: MAÍZ, Ramón (Org.). **Estritos y discursos de la revolucion**. Tradução: Ramón Máiz. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992, p. 292).

⁸² Especificamente, Sieyès propunha as seguintes atribuições para o Tribunal Constitucional: pronunciar-se mediante sentença sobre as violações da constituição que fossem denunciadas contra atos do Conselho de Anciãos, do Conselho dos Quinhentos, das Assembléias Eleitorais, das Assembléias primárias e do Tribunal de Cassação; quando as denúncias fossem interpostas pelo Conselho de Anciãos, pelo Conselho dos Quinhentos, pelos cidadãos a título individual; analisar as idéias que pareçam adequadas para aperfeiçoar a constituição, assim com a declaração de direitos do homem (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y organización de Tribunal Constitucional: pronunciado em la conveción nacional el 18 de Thermidor, año III de la República. In: MAÍZ, Ramón (Org.). **Estritos y discursos de la revolucion**. Tradução: Ramón Máiz. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992, p. 291-292).

desprovida da autoridade inicial. Trata-se de uma instituição estabelecida pela constituição com a função de estudar e propor as reformas constitucionais⁸³.

Nesses termos, a introdução do *jury constitutionnaire* implica uma nova articulação entre poder constituinte e poderes constituídos⁸⁴. O pensamento do “último Sieyès” torna-se precursor do entendimento atual de que a constituição só pode ser revisada por um órgão e mediante um procedimento por ela próprio determinados⁸⁵.

Ainda, quando, na conhecida passagem de sua obra, Sieyès afirma que “a constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação”⁸⁶ acaba por formular o princípio da hierarquia jurídica entre o poder constituinte e os poderes constituídos. Portanto, tratando-se de um poder constituído, o poder de revisão da constituição guarda subordinação ao poder constituinte originário⁸⁷.

⁸³ BRITO, Miguel Nogueira de. **A constituição constituinte...**, p. 75-76. Pontue-se que o *jury constitutionnaire* não tem o direito de alterar por si só a constituição, pois apenas emite propostas e obedece a requisitos procedimentais. Entretanto, há polêmica sobre esta “segunda fase” do pensamento de Sieyès. Para Paul Bastid, autor da obra *Sieyès e sa pensée*, a segunda fase do pensamento de Sieyès caracteriza-se pela domesticação do poder constituinte. Mesmo em *L’idée de constitution*, Bastid aponta duas faces do poder constituinte em Sieyès: a primeira revolucionária e a segunda conservadora (BASTID, Paul. **L’idéé de constitution...**, p. 141) Mas, esta concepção é criticada por Oliver Beaud na medida em que para o autor a interpretação sistemática do pensamento de Sieyès autorizaria a conclusão de que o poder de revisão se encontra subordinado ao poder constituinte, mas não que o poder constituinte originário estaria totalmente absorvido pelo poder de revisão (BEAUD, Olivier. **La puissance de l’état...**, p. 318). De fato, é mais apropriada a concepção de Beaud. Segundo Sieyès, uma das funções do *jury constitutionnaire* ou Tribunal Constitucional é possibilitar o aperfeiçoamento progressivo da constituição. Mas, segundo a proposta de Sieyès, não teria sequer o direito de reformar por si só a constituição, podendo apenas propor, sendo a ação de reforma da constituição compartilhada entre as Assembléias primárias, o Tribunal Constitucional e a legislatura (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y organización de Tribunal Constitucional...**, p. 283-284).

⁸⁴ Além do mais, com essa formulação Sieyès também acabou sendo um dos precursores do controle jurisdicional de constitucionalidade (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y organización de Tribunal Constitucional...**, p. 275-279). Embora as suas idéias sobre o Tribunal Constitucional não tenham sido acolhidas na Constituição francesa de 1795, no âmbito teórico foram importantes para o desenvolvimento de vários conceitos atinentes a função de fiscalização da constitucionalidade. Sobre o tema: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte...**, p. 16; BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-24.

⁸⁵ BRITO, Miguel Nogueira de. **A constituição constituinte...**, p. 84.

⁸⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa...**, p. 117.

⁸⁷ BEAUD, Olivier. **La puissance de l’état...**, p. 318.

Contudo, não há na obra de Sieyès uma formulação acabada sobre o poder reformador⁸⁸, mas ao distinguir poder constituinte de poder constituído, Sieyès acabou por contribuir significativamente para a definição do conceito de poder de reforma constitucional⁸⁹.

1.2.3 O poder de reforma na concepção decisionista de Carl Schmitt

Devido à posição especial que Carl Schmitt ocupa no âmbito da teoria política e jurídica, tendo sido seu pensamento retomado de forma significativa na doutrina recente⁹⁰, tratar-se-á, ainda que brevemente, de seus aportes teóricos que refletem na doutrina do poder de reforma constitucional.

⁸⁸ De fato, como afirma Oliver Beaud, Sieyès enfatizou bem mais o poder constituinte originário do que a revisão constitucional. Mas, teve o mérito de elaborar a distinção precisa entre poder constituinte e poder constituído (BEAUD, Olivier. **La puissance de l'état...**, p.316). Sobre o tema, conferir também: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 47.

⁸⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. **A constituição constituinte...**, p. 89.

⁹⁰ Nesses termos, Chantal Mouffe propõe um resgate do pensamento de Carl Schmitt para efetuar correções na democracia liberal. A autora objetiva “pensar com Schmitt, contra Schmitt e utilizar os seus pontos de vista para fortalecer a democracia liberal contra os seus críticos”. Afirma que o político não pode ser limitado à determinada instituição como requer o pensamento liberal, devendo ser concebido como uma dimensão inerente a todas as sociedades humanas. Após a aceitação da necessidade do político e da impossibilidade de se conceber um mundo sem antagonismos, Mouffe entende possível encarar a forma como pode ser criada ou mantida uma ordem democrática (MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Tradução: Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 11-19). Em outra obra, a autora tece críticas a vertente democrático-deliberativa de John Rawls e Jürgen Habermas a partir também da teoria de Schmitt. Propõe um modelo agonístico de democracia que introduz a categoria do “adversário”. Pontua, contudo, que o *antagonismo* schmittiano é diferente do *agonismo*. O antagonismo é a luta entre inimigos, enquanto o agonismo representa a luta entre adversários, os quais não são percebidos como inimigos a serem destruídos, mas como pessoas cujas idéias são combatidas, embora lhes sejam assegurado o direito de defender tais idéias. Mas note-se que categoria de “adversário” não elimina o antagonismo, pois um adversário é um inimigo, mas um inimigo legítimo, com quem se tem alguma base comum, em virtude da adesão compartilhada aos princípios ético-políticos da democracia liberal: liberdade e igualdade (MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 25, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php>. Acesso em: 29 de setembro de 2006). Outro importante autor que retoma Schmitt é Giorgio Agamben. Basicamente na obra *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, Agamben procura tratar do ponto oculto de intersecção entre o modelo jurídico institucional e o modelo biopolítico do poder, constatando que as duas análises não podem ser separadas e que a implicação da vida nua na esfera política constituiu o núcleo originário do poder soberano. Resgata Schmitt, mas defende que a dupla categoria fundamental da política ocidental não é “amigo-inimigo”, mas vida nua (vida matável)-existência política. Na primeira parte da obra, Agamben analisa especificamente o conceito de soberania de Schmitt para apontar o paradoxo da soberania, que consiste no fato do soberano estar ao mesmo tempo dentro e fora do ordenamento jurídico, pois é ele quem decide sobre o estado de exceção. Assim, o paradoxo pode ser formulado da seguinte maneira “eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei” (AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 11, 16, 23). Ainda, sobre a

Conforme aponta Rune Slagstad, se por um lado Schmitt é um dos mais sobressalentes especialistas no estudo do constitucionalismo liberal, de outro, é também um dos seus mais agudos críticos⁹¹. Aliás, o objeto permanente de suas críticas é o regime democrático-liberal⁹².

Ainda, verifica-se que o pensamento de Schmitt sempre provocou discussões polêmicas em razão da sua filiação política e de suas atividades. Trata-se de um autor que criticou de forma veemente o sistema político da República de Weimar chegando a ser conselheiro do governo quando da intervenção na Prússia em 1932. Já em 1933, era uma “eminência parda de círculos importantes dentro do nazismo”

relação entre Agamben e Schmitt, Vera Karam de Chueiri observa que “de onde Schmitt pára, Agamben segue”, ou seja, se para Schmitt a exceção só pode ser concebida na esfera da decisão, não na esfera neutra da lei, Agamben complementa que quando o nosso tempo tentou atribuir ao ilocalizável uma localização específica e permanente o resultado foi o campo de concentração que é uma experiência de suspensão temporal de todo o direito em relação a um espaço determinando e permanente (CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Crítica da modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Boiteux, 2005, p. 98). Recentemente, também Bruce Ackerman trabalhou com a questão da excepcionalidade definida como estado de emergência. Na obra *The emergency constitution*, Ackerman procura estabelecer medidas para que o estado de emergência não se prolongue de forma permanente. Propõe a construção de uma nova constituição específica para o estado de emergência norte-americano na qual confere extrema importância ao legislativo, deixando nas mãos deste a manutenção ou não do estado de emergência. Sobre o tema: FERREIRA, Daniel Brantes. Ackerman e Sunstein: arcabouço teórico para situações de emergências. In: BELLO, Enzo; VIEIRA, José Ribas; NUNES, Wanda Claudia Gallazzi (Org.). **Teoria constitucional contemporânea e seus impasses**. Rio de Janeiro: PUC: Programa de Pós-Graduação em Direito, 2005. Ademais, verifica-se também a análise que Gilberto Bercovici faz da República de Weimar (1919-1933), enfatizando a discussão que se travou entre juristas reformistas e os rupturistas conservadores, entre eles Schmitt, a respeito da Constituição de Weimar. Bercovici extrai deste momento lições para a experiência constitucional brasileira (BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004).

⁹¹ SLAGSTAD, Rune. El constitucionalismo liberal y sus críticos: Carl Schmitt y Max Weber. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução: Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 131.

⁹² VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p. 41. Segundo Chantal Mouffe, o alvo principal de Schmitt não é a democracia em si, mas o liberalismo. Pelo contrário, o autor não coloca objeções à democracia, defendendo, apenas, a substituição da democracia parlamentar pela plebiscitária. Com efeito, Schmitt sustenta que a articulação do liberalismo com a democracia ocorrida no século XIX originou um regime híbrido que se caracteriza pela junção de dois princípios políticos absolutamente heterogêneos. A democracia parlamentar dá origem a uma situação na qual o princípio da identidade (ínsito a forma democrática) coexiste com o princípio da representatividade (específico da monarquia). Nestes termos, o elemento representativo constituiria o aspecto não democrático da democracia parlamentar, pois impossibilita a identidade entre governantes e governados, própria da lógica democrática (MOUFFE, Chantal. **O regresso do político...**, p. 146, 158-159).

como define Hans Georg Flickinger, que também pondera que apenas após a morte de Schmitt sua obra tornou-se objeto de pesquisa menos preconceituosa⁹³.

A proposta teórica de Carl Schmitt pode ser encarada como uma reação ao normativismo e ao racionalismo, embora em última instância o decisionismo acabe acarretando uma conseqüência muito próxima da relativa ao normativismo: a impossibilidade de fundamentar unidade jurídica na justiça, mas apenas na sua existência. Para o positivismo⁹⁴ é necessária a refutação de considerações morais no ato de fundação do direito⁹⁵, ao passo que para o decisionismo a soberania não

⁹³ Apesar de reconhecer a dificuldade de tratar da vasta (quase cinquenta livros e mais de duzentos e cinquenta ensaios) e complexa obra de Schmitt, Flickinger apresenta um breve resumo de sua trajetória intelectual e aborda de forma precípua o núcleo central da teoria política de Schmitt que é a sua concepção de soberania (FLICKINGER, Hans Georg. *A luta pelo espaço autônomo do político*. In: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução: Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 09-26). Quanto à aproximação de Schmitt ao nacional-socialismo, Katie Argüello observa que permanece em aberto a questão sobre a continuidade ou ruptura do pensamento de Schmitt em relação ao momento em que se torna uma figura importante dentro do nazismo. Discute-se se isso se deu por mero oportunismo ou necessidade interna (ARGUELLO, Katie. *Decisionismo: um confronto entre Max Weber e Carl Schmitt*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Porto Alegre: Síntese, v. 33, 2000, p. 66). Para Chantal Mouffe é incorreto afirmar que o pensamento de Schmitt estava imbuído do nazismo antes de sua virada em 1933, quando abraçou o movimento de Hitler. Mas, de fato, a hostilidade de Schmitt ao liberalismo tornou possível ou não evitou a sua adesão ao nazismo (MOUFFE, Chantal. **O regresso do político...**, p. 163). Trata-se de uma discussão corrente, mas que não será aqui aprofundada em razão dos conceitos de Schmitt que são pertinentes ao presente trabalho corresponderem ao primeiro período de sua produção intelectual anterior a sua vinculação ao nacional-socialismo.

⁹⁴ Mais propriamente para o positivismo ideológico considerando as três acepções do termo propostas por Norberto Bobbio (método, teoria e ideologia). De maneira geral, o positivismo como ideologia pressupõe a obediência absoluta da lei enquanto tal. Mas note-se que apenas o positivismo extremista leva ao totalitarismo político (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução: Marcio Pugliesi, Edson Bin, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 133, 234-236). Para uma análise comparativa entre o positivismo metodológico, teórico e ideológico e o constitucionalismo, conferir: SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Fontamara, 1999, p. 25-58.

⁹⁵ Há uma possibilidade de aproximação das concepções de Kelsen e Schmitt na medida em que em ambos há uma negação da fundamentação moral do direito. Para Kelsen, o fundamento da ordem jurídica deriva de um procedimento de produção do direito positivo, sendo a norma fundamental algo pressuposto, não posto. Já em Schmitt, a legitimidade do direito deriva do mero reconhecimento da decisão. A respeito do tema: COMPARATO, Fábio Konder. *Sobre a legitimidade das constituições*. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÉ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49-88; LONGO, Gianfresco. *Il concetto di mutamento costituzionale in Hans Kelsen e Carl Schmitt*. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**, v. 73, p. 256-262, abril/jun. 1996. No entanto, é mais conhecida a polêmica existente entre Kelsen e Schmitt a respeito da competência para realizar a fiscalização da constitucionalidade. Partindo dos pressupostos de que no Estado de Direito vige o princípio da máxima legalidade da função estatal e de que atribuir o poder de fiscalização das atividades precipuamente políticas a quem as realiza redundaria na ineficácia do mecanismo, Kelsen defendeu que a guarda da constituição deveria ser atribuída ao judiciário (KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 239-243). Já Schmitt, valendo-se da teoria do

depende de norma anterior qualquer, pois é a origem de todas as normas. Ou seja, é a instância decisória suprema que confere unidade ao Estado⁹⁶.

Não obstante se apontem algumas rupturas teóricas na obra de Schmitt⁹⁷, verifica-se que o conceito de poder constituinte proposto pelo autor pertence à primeira etapa do seu pensamento, não tendo sido revisto na seqüência⁹⁸. É a concepção decisionista o pano de fundo da sua *Teoría de la Constitución* e é nesta obra que será concentrada a presente abordagem.

A concepção de Schmitt é definida como decisionista tendo em vista que o autor considera a criação jurídica estatal uma ação volitiva que denomina decisão política⁹⁹. Segundo Vanossi, trata-se de uma concepção que não divorcia o político

poder neutro, defendeu que o guardião da constituição deveria ser o chefe do Estado. Parte, basicamente de dois pressupostos: primeiro, que a decisão judicial ocorre sempre com relação a fatos passados, sendo incidental e acessória e, segundo, que uma norma não pode ser defendida por outra norma, distinguindo a criação do direito, própria da atividade legislativa, da aplicação jurisdicional do direito (SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Tradução: Manuel Sanlez Sarto. 2.ed. Madri: Tecnos, 1998, p. 48,52, 56-57, 213-214, 249). Sobre a polêmica: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. O controle concentrado de constitucionalidade: o “guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de informação legislativa**, n. 164, p. 87-103, out./dez. 2004; BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o estado total e o guardião da constituição. **Revista Opinião Jurídica**, n. 4, p. 96-105, 2004; MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade. **Justitia**, São Paulo, v. 193, p. 81-96, jan./mar. 2001.

⁹⁶ VANOSSO, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional...**, p. 43. Para uma síntese do pensamento de Hans Kelsen e de Carl Schmitt: HERAS, Jorge Xifra. **Sintesis historica del pensamiento politico**. Barcelona: Ariel, 1957, p.266-270.

⁹⁷ Apesar Schmitt ser mais conhecido pela sua concepção decisionista, Vanossi observa a existência de algumas “etapas” do seu pensamento. Até a aproximação de Schmitt com o nacional socialismo (1933), as suas formulações ajustam-se apenas ao marco decisionista. Mas em 1934, Schmitt intenta a formulação de um novo pensamento mediante a “teoria da ordem concreta”. Contudo, embora a teoria da ordem concreta de Schmitt busque ser uma alternativa ao normativismo e ao próprio decisionismo acaba apenas por substituir a vontade ou decisão presente na concepção decisionista pela vontade ou decisão do *Führer* e, portanto, tende a redundar em uma forma exaltada de decisionismo. Uma terceira etapa do pensamento de Schmitt inicia-se em 1950. O momento é marcado pelo assombro do autor frente à crise da ciência jurídica, levando-o a propugnar pela preservação do núcleo indestrutível de todo o direito que consiste na dignidade da pessoa, na correta significação dos conceitos e instituições jurídicas e no devido processo legal como garantia sem a qual não existe nenhum direito. Assim, nesta fase Schmitt teria cedido a um certo “jusnaturalismo” (VANOSSO, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional...**, p. 44-47).

⁹⁸ VANOSSO, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional...**, p. 47.

⁹⁹ No prefácio à reimpressão da obra *O Conceito do político*, Schmitt discorre sobre o Estado ser o portador do monopólio da decisão política. Afirma que esta “obra-prima da forma européia e do racionalismo ocidental é destronada”, não obstante, sejam mantidos os seus conceitos (SCHMITT, Carl. Prefácio. In: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução: Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 32). Embora faça estas ponderações, mantém o texto original de 1932. Neste, afirma que o conceito do Estado pressupõe o conceito do político e observa que raramente se encontra uma definição clara de político. Pontua que uma definição conceitual do político só pode ser obtida mediante a identificação das categorias especificamente políticas, sendo esta a discriminação entre amigo e inimigo. Para Schmitt, esta distinção tem o sentido de designar o grau de intensidade extrema de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação, podendo subsistir sem a

do jurídico, mas que antes crê que todo o político é um antecedente necessário do jurídico, sendo o momento da decisão o momento político de todo o direito¹⁰⁰.

A decisão acompanha todas as normas jurídicas inclusive no momento de aplicação¹⁰¹, sendo que a precedência da decisão sobre a norma surge com mais clareza nos casos de emergências que não podem ser resolvidos de maneira pré-determinada pelo direito¹⁰². O que aparece neste momento é a decisão soberana, instância de força suprema, independente de qualquer norma e neutra com relação aos valores¹⁰³.

Assim, um sistema constitucional determinado será tanto mais valioso quanto melhor decida as questões fundamentais da organização política de um Estado ou quanto melhor estabeleça os procedimentos destinados a que certos órgãos tomem estas decisões nos momentos de emergência ou crise¹⁰⁴.

Portanto, na formulação de Schmitt percebe-se uma exaltação do poder como poder de decisão o que conduz a uma reprovação do liberalismo político e também impregna seu conceito de constituição e de poder constituinte¹⁰⁵.

Como efeito, Schmitt enuncia quatro conceitos de constituição: absoluto, relativo, ideal e positivo¹⁰⁶. O conceito positivo de constituição é o instrumento mais

necessidade do emprego simultâneo das distinções morais, éticas, econômicas, etc. Assim, o inimigo político não precisa ser moralmente mau, nem esteticamente feio, ser um concorrente econômico, pois ele é justamente o outro, de modo que, no caso extremo, há a possibilidade de conflitos com ele, os quais não podem ser decididos mediante uma normatização geral e prévia ou por um terceiro imparcial. Ainda, verifica-se que o elemento político é sempre determinante. Sempre que a unidade política estiver presente será a unidade normativa e soberana, pois a ela caberá sempre resolver o “caso decisivo”. Ao Estado, como unidade política, pertence o poder de determinar, em virtude de sua própria decisão, o inimigo político (SCHMITT, Carl. **O conceito do político...**, p.43, 51, 52, 64-65, 71).

¹⁰⁰ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p. 40.

¹⁰¹ Nesse momento, a concepção decisionista de Schmitt se aproxima muito da postura positivista de Kelsen, para quem a aplicação do direito é uma manifestação de um poder discricionário. Para uma crítica da postura de Kelsen e um enfoque da jurisdição constitucional: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Argumentação jurídica e decisionismo: um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 521-543.

¹⁰² Daí que Schmitt define soberania a partir da exceção. É conhecida a frase “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” de Schmitt. Para o autor, todo o direito é situacional, o soberano é quem cria e garante a situação como um todo na sua plenitude. A soberania estatal não deve ser definida como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como monopólio da decisão. O estado de exceção revela da forma mais clara possível a essência da autoridade estatal (SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7, 14).

¹⁰³ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p. 43.

¹⁰⁴ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p. 40.

¹⁰⁵ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p. 41.

importante para compreensão do ato constituinte e da diferença entre constituição e leis constitucionais¹⁰⁷.

O conceito absoluto de constituição oferece a idéia de um todo verdadeiro ou pensado e pode ser desdobrado em quatro significados. Primeiro, entende-se por constituição a concreta maneira de ser de qualquer unidade política e ordenação social de certo Estado. Um segundo significado é o de constituição como maneira especial de ordenação política e social, ou seja, constituição como forma especial de domínio que afeta a cada Estado (ex. monarquia, aristocracia ou democracia). O terceiro significado alude à constituição como princípio dinâmico da unidade política e, por fim, constituição em sentido absoluto também pode significar uma regulação fundamental, um sistema de normas supremas¹⁰⁸.

Já o conceito relativo de constituição refere-se apenas à lei constitucional concreta. No entanto, esta lei constitucional concreta é definida segundo características externas e acessórias formais. Então, para a definição formal é indiferente que a lei constitucional regule a organização da vontade estatal ou que tenha determinado conteúdo¹⁰⁹.

O conceito ideal de constituição propugna que esta somente é verdadeira quando corresponde a determinado ideal. Trata-se de conceito dominante no constitucionalismo liberal, pois a burguesia liberal, na sua luta contra a monarquia absoluta, defendeu um conceito ideal de constituição afirmando que só se falava em constituição quando se cumpriam as exigências de liberdade e limitação do poder. Nestes termos, podem existir Estados “constitucionais” e Estados “não constitucionais”¹¹⁰.

Deixou-se para tratar ao fim do conceito positivo de constituição por ser revelador da concepção teórica de Schmitt. O autor sustenta que não é admissível dissolver a constituição em uma pluralidade de leis constitucionais concretas, que é um erro a transformação da constituição em uma espécie de lei¹¹¹.

¹⁰⁶ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 29-63.

¹⁰⁷ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional...**, p. 48.

¹⁰⁸ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 29-33.

¹⁰⁹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 37-38.

¹¹⁰ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 58-62.

¹¹¹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 49.

Em sentido positivo, a constituição surge mediante ato do poder constituinte que constitui a forma e o modo da unidade política. A constituição vale em virtude da vontade política que a sustenta, diferente das leis constitucionais que têm validade baseada na constituição¹¹².

É central na teoria de Schmitt a distinção entre constituição e lei constitucional, a qual só é possível porque para o autor a essência da constituição não está contida em uma norma, visto que o fundamento de todas as normas reside em uma decisão política do titular do poder constituinte¹¹³.

Schmitt explica a distinção entre constituição e lei constitucional a partir da noção de limites à reforma constitucional. Portanto, afirmar que a constituição pode ser reformada não significa dizer que as decisões políticas fundamentais que integram a substância da constituição possam ser suprimidas ou alteradas por ato do órgão com competência reformadora, pois este não é de maneira alguma onipotente. Isso ocorre tendo em conta que o ato de dar uma constituição é qualitativamente distinto do ato de reformá-la porque no primeiro caso se entende por constituição a decisão de totalidade e o segundo refere-se às leis constitucionais¹¹⁴.

O conceito de poder constituinte formulado por Schmitt é uma conseqüência lógica do conceito positivo de constituição¹¹⁵. O autor retoma a distinção entre constituição e lei constitucional reservando ao poder constituinte a geração da primeira e, então, o poder constituinte é definido como “la voluntad política cuya fuerza o autoridade es capaz de adoptar la concreta decisión sobre o modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como um todo”¹¹⁶.

Nesse sentido, poder constituinte é vontade política que não se esgota com a emissão da constituição. Ao lado e acima da constituição segue existindo esta vontade, não sendo condicionada procedimental e materialmente.

¹¹² SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 45-46.

¹¹³ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 47.

¹¹⁴ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 49-50.

¹¹⁵ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional...**, p.50.

¹¹⁶ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 94. Tradução livre: “a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão sobre o modo e a forma da própria existência da unidade política, determinando assim a existência da unidade política como um todo”.

Na acepção de Schmitt o poder reformador só pode modificar as leis constitucionais, não a constituição. Não obstante, reconhece que a competência para reformar a constituição não é uma competência normal do Estado (como legislar, realizar atos administrativos, etc.), mas sim extraordinária e limitada¹¹⁷.

A competência para reformar a constituição contém apenas a faculdade de praticar reformas, adições, supressões nas leis constitucionais, mantendo a constituição. Não engloba a possibilidade de atribuir uma nova constituição, nem de alterar o próprio fundamento da competência revisora¹¹⁸.

Portanto, o poder de reformar as leis constitucionais não pode ser definido na teoria de Schmitt como poder constituinte na sua acepção estrita do termo¹¹⁹, pois os órgãos competentes para reformar as leis constitucionais não se convertem em titulares do poder constituinte¹²⁰.

1.2.4 O poder de reforma fundamentado na concepção dialética de Hermann Heller

Embora Hermann Heller tenha apenas iniciado o tema do poder constituinte na sua *Teoria do Estado*¹²¹, sua obra maior que acabou inconclusa¹²², as

¹¹⁷ Ainda, Schmitt distinguiu cinco conceitos derivados do de constituição: destruição da constituição, supressão da constituição, reforma constitucional, quebra da constituição e suspensão da constituição. A destruição refere-se à supressão da constituição existente (não apenas das leis constitucionais) e do poder constituinte em que se baseava, ao passo que na supressão conserva-se o poder constituinte. As reformas tratam de alterações nas leis constitucionais vigentes, podendo ser constitucionais (quando observam o procedimento previsto para reforma) e inconstitucionais (não observam o procedimento). A quebra da constituição se dá com a violação das prescrições legal-constitucionais para um ou vários casos determinados, mas de forma excepcional, seguindo as prescrições inalteradas nos demais casos. Mas não significa que as prescrições sejam suspensas, isso se dá nas hipóteses de suspensão da constituição na qual as prescrições são postas provisoriamente fora de vigor. Os casos de quebra têm natureza de medidas, não de normas, pois sua necessidade resulta de uma situação especial de um caso concreto, de uma conjuntura anormal e imprevista (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 115-117).

¹¹⁸ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 118-119.

¹¹⁹ Nos termos exatos de Schmitt, “la palabra reforma constitucional (revisión) es inexacta, porque no se trata de reformas de la Constitución misma, sino tan sólo de las determinaciones legal-constitucionales. Sin embargo, conviene conservar a expresión, por ser usual hoy” (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 115). Tradução livre: “a palavra reforma constitucional (revisão) é inexata, porque não se trata de reformas da Constituição mesma, mas apenas das determinações legal-constitucionais. Sem embargo, convém manter a expressão, por ser usual hoje”.

¹²⁰ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 119.

¹²¹ Sobre o impacto da obra Teoria do Estado de Heller na comunidade jurídica, verificar: BUZANELLO, José Carlos. Constituição política em Hermann Heller. **Revista de informação legislativa**, n. 129, jan./março 1996, p. 259-265.

considerações tecidas sobre a constituição possibilitam uma compreensão do poder constituinte e também do poder de reforma da constituição.

Heller viveu entre 1891 e 1933, lecionou na Universidade de Berlim até 1933, ano em que Hitler foi nomeado chanceler. Conforme observa Francisco Ayala, Heller sabia o que ninguém parecia saber naquele momento na Alemanha e, por sabê-lo, procurou infrutiferamente organizar uma resistência, mas acabou tendo que se refugiar na Espanha. Foi recebido pela Universidade de Madri em 1933, mas, no mesmo ano, veio a falecer em razão de uma lesão cardíaca contraída durante a I Guerra Mundial^{123 124}.

Com efeito, a Heller se deve um dos mais firmes intentos de reconstrução da teoria do Estado e, também da teoria constitucional, a partir de uma perspectiva não unilateral¹²⁵. Para tanto, valeu-se dos métodos dialético e fenomenológico “con el fin de realizar una construcción dialéctica comprensiva de lo estático de la constitución y lo dinámico del poder y de la administración”¹²⁶.

¹²² Heller trata brevemente do sujeito do poder constituinte e da legitimidade de uma constituição. Considera poder constituinte aquela vontade política cujo poder e autoridade esteja em condições de determinar a existência da unidade política no todo. O autor elaboraria um capítulo específico para tratar do poder do Estado, oportunidade em que analisaria o poder constituinte conforme consta do apêndice com o plano de trabalho traçado por Heller (HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 326-327, 329-338).

¹²³ AYALA, Francisco. **Los políticos**. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 110-111.

¹²⁴ Nesse período, discutia-se na Alemanha os limites e possibilidades da Constituição de Weimar, a qual buscou legitimar a República por meio da democracia e do Estado Social. Principalmente a segunda parte da referida Constituição foi alvo de polêmicas, pois submetia o individualismo à coletividade e protegia direitos individuais de acordo com o cumprimento de seu dever social. Durante o Governo Brüning, os direitos eram levantados contra os decretos de emergência e contra a adversidade constitucional que se iniciava. Neste cenário, surgiram duas correntes. A primeira dos partidários da Constituição de Weimar que defendiam os direitos fundamentais como seu conteúdo essencial e uma segunda composta pelos opositores da República que entendiam os direitos como um obstáculo, um resquício da burguesia liberal do século XIX. Schmitt foi o defensor mais influente da segunda concepção. Já Heller é um representante da primeira corrente, pois considerava os direitos sociais e a ordem econômica como grandes avanços constitucionais (BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente...**, p. 27-37).

¹²⁵ Heller propõe que a teoria do Estado não aceite a estreita delimitação da sua problemática, pois, desta maneira, deixa de analisar grande parte dos mais importantes problemas teóricos e práticos como os da natureza, função e unidade do Estado e das suas relações com a sociedade, a economia e o direito (HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 44).

¹²⁶ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional...**, p.103. Tradução livre: “com o fim de realizar uma construção dialéctica comprensiva do estático da constituição e do dinâmico do poder e da administração”.

Heller procura demonstrar a conexão indissolúvel entre o mundo real e o mundo cultural, entre o mundo do ser e do dever ser¹²⁷, sendo que entre ambos os extremos há pontos de comunicação¹²⁸, embora se mantenham separados: a normalidade e a normatividade, o sociológico e o jurídico, o poder e o direito, a vontade e a norma, a eficácia e a validade, o ato e o sentido, a realidade e a significação, a subjetividade e a objetividade, sendo as primeiras categorias pertencentes ao mundo real e as segundas ao mundo cultural¹²⁹.

A proposta de Heller distingue-se do método positivista e também decisionista, não obstante seja considerada como um ponto intermediário entre a doutrina normativista de Kelsen e a decisionista de Schmitt¹³⁰ na medida em que “Kelsen formula un normativismo puro: es algo así como la creación de normas sin

¹²⁷ A separação entre ser e dever ser é justamente um dos pontos de partida da crítica de autores pós-positivistas como Friedrich Müller, que rejeita a polaridade presente nas concepções positivistas entre as grandezas ser e dever ser (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 96). No mesmo sentido, negando a unilateralidade positivista: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução: Marina Gascón. 2.ed. Madri: Trotta, 1997, p. 122. Sobre a teoria de Müller e sua recepção no direito brasileiro: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, jan./jun. 2003, p. 625-627; SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143. Contudo, embora Heller trabalhe com a distinção entre ser e dever ser, normalidade e normatividade, todo seu esforço é no sentido de superar uma perspectiva unilateral. Assim, é possível inclusive uma aproximação entre Heller e Müller. Neste sentido: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). **Direito constitucional contemporâneo: em homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 101-102.

¹²⁸ Heller critica diretamente Kelsen e a sua escola por contrapor o dever ser, de caráter jurídico, ao ser, de caráter social, rejeitando que entre eles exista alguma relação e, desta forma, considerando que o jurídico independe de toda ordem e de toda observância e atende apenas à normatividade. Para Heller, “o ser e o dever ser são, sem dúvida, elementos antagônicos que não podem ser referidos nem um a outro nem ambos a uma comum raiz lógica, mas que podem ser ligados no conceito da ordenação normativa social” (HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 224-225).

¹²⁹ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p.103.

¹³⁰ Ainda, verifica-se que a atitude de conhecimento de Heller é distinta da Schmitt e Kelsen. Caracteriza-se pela questão – fundamental para Heller – da razão e da função do Estado e do Direito o que faz superar o formalismo político. Sobre o tema: NIEMEYER, Gerhart. Prólogo. In: HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 09. Para uma abordagem da integração realizada por Heller das visões sociológica e política com a normativa, conferir: BESTER, Gisela Maria. A concepção de constituição de Hermann Heller: integração normativa e sociológica e sua possível contribuição à teoria da interpretação constitucional. **Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia**, vol. 24, p. 37-58, dez./1995.

poder; Schmitt, a su vez, se coloca en extremo opuesto: pura existencialidad y decisionismo, que es algo así como el poder sin normas”¹³¹.

Para Heller, nem o logicismo normativo de Kelsen nem o decisionismo schmittiano dão conta da função que desempenha a norma jurídica para a continuidade histórica da constituição. As afirmações de Schmitt de que a constituição não pode ser concebida como norma, mas como decisão sobre a espécie e forma de unidade política advém da sua incompreensão do elemento normativo da constituição. De fato, reconhece Heller a existência na base de toda normação de uma decisão que cria a norma, contudo, para que a decisão adotada pretenda validade que obrigue a vontade há de ser objetivada como norma¹³².

O autor pontua que a tensão existente entre ser e dever ser não deve nunca ser resolvida unilateralmente, nem em favor do normativo, tampouco apenas em favor da realidade social. Heller considera que só é possível compreender a ordenação normativa social se levar-se em conta e der por suposto que o ser e o dever ser não se acham em estado de isolamento, mas sim em correlativa coordenação¹³³

Para Heller, a organização é a ação concreta de dar forma à cooperação dos indivíduos e grupos que participam no todo e a constituição de um Estado coincide com a sua organização enquanto significa a constituição produzida mediante a atividade humana consciente. Ambas – constituição e organização – referem-se à forma ou estrutura de uma situação política real que se renova constantemente mediante atos de vontade humana¹³⁴.

Em Heller, a constituição apenas pode ser compreendida em uma acepção total e este conceito abarca a constituição não-normada e a constituição normada

¹³¹ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional...**, p.104. Tradução livre: “Kelsen formula um normativismo puro: é algo assim como a criação de normas sem poder; Schmitt, por sua vez, está no extremo oposto: pura existencialidade e decisionismo, que é algo como o poder sem normas”. Nas palavras de Heller, “Kelsen faz constituir o Estado e a Constituição em um dever ser, exclusivamente, C. Schmitt pretende eliminar da Constituição toda normatividade. A Teoria do Estado só poderá evitar estas unilateralidades se conseguir descobrir a conexão real partindo da qual possam ser explicadas e compreendidas tanto a Constituição enquanto ser como a Constituição jurídica normativa” (HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 307).

¹³² HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 312.

¹³³ HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 225.

¹³⁴ HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 295.

que envolve, por sua vez, a constituição normada juridicamente e a normada extrajudicialmente¹³⁵.

A constituição não normada pertence ao âmbito da normalidade, ao mundo do ser, é formada por motivações naturais comuns (ex. cultura, comunidade histórica). Trata-se de uma normalidade puramente empírica que constitui a infra-estrutura não-normada da constituição¹³⁶. Heller afirma que a normalidade de uma conduta consiste na sua concordância com uma regra de previsão baseada na observação por um período médio de tempo, ou seja, a probabilidade de repetição da conduta humana¹³⁷. Assim, a constituição não normada é a configuração atual da cooperação, que se espera seja mantida de modo análogo no futuro, razão pela qual se produz a unidade e a ordenação da organização¹³⁸.

Contudo, embora tenham importância significativa esses fatores naturais e culturais, a constituição não normada é só um conteúdo parcial da constituição total¹³⁹. O outro aspecto é a constituição normada que pertence ao âmbito da normatividade, ao mundo do dever-ser. Trata-se da soma de regras empíricas de previsão (normalidade)¹⁴⁰ e critérios positivos de valoração de ações¹⁴¹.

A constituição normada consiste em uma normalidade da conduta normada juridicamente ou extrajudicialmente pelo costume, a moral, a religião, a urbanidade, entre outros fatores. A normatividade extrajudicial tem decisiva importância – enquanto princípios éticos de Direito legitimados pela sociedade¹⁴² – para a validade e para o conteúdo das normas constitucionais¹⁴³.

¹³⁵ HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 295; VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p.105.

¹³⁶ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p.105.

¹³⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 297.

¹³⁸ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p.105.

¹³⁹ HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 298.

¹⁴⁰ Heller observa que às vezes não são por seu conteúdo normas empíricas do agir que unicamente foram abstraídas da realidade pelos órgãos estatais, formuladas e sistematizadas, mas, com frequência, podem se apresentar como um querer e um dever ser opostos ao ser social. Então, surge um problema fundamental para toda a sociologia do Direito e do Estado que é a relação entre normalidade e normatividade na constituição do Estado. Trata-se de indagar de que maneira complementar-se normalidade e normatividade e, por outro lado, de que maneira podem ser contraditórias (HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 299-300),

¹⁴¹ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p.106.

¹⁴² Nesse momento, Heller fornece um exemplo que ensaia a noção de mutação constitucional aqui já desenvolvida. Assevera que a maioria dos preceitos jurídicos adquire unicamente um sentido praticável quando se põem em relação com os princípios que expressam a estrutura social. Exemplifica com o preceito jurídico da igualdade, que tem importância decisiva para

A constituição normada juridicamente é a constituição organizada, normada pelo direito conscientemente estabelecido e assegurado¹⁴⁴. Entretanto, não consiste nunca exclusivamente em preceitos jurídicos autorizados pelo Estado, pois, para sua validade, precisa sempre ser complementada pelos elementos constitucionais não normados e pelos normados, porém não jurídicos¹⁴⁵.

No âmbito da constituição normada juridicamente fala-se ainda de constituição jurídica destacada, constituição jurídica objetivada e constituição escrita.

A constituição jurídica destacada refere-se à estrutura normativa de sentido¹⁴⁶. Trata-se de uma parcela do conceito de constituição que tem lugar quando se reduz o conceito de constituição a constituição normada juridicamente. A constituição jurídica objetivada refere-se à objetivação de princípios jurídicos que pode se dar de modo autoritário, livre ou pelo costume¹⁴⁷.

Por fim, a constituição escrita é o sentido mais empregado e também restrito da palavra constituição, tendo em vista que entende por constituição apenas a jurídica e, ainda, desde que tenha uma forma determinada e um conteúdo típico. Heller pontua que a constituição moderna não se caracteriza propriamente pela forma escrita, mas pelo fato de que a estrutura total do Estado deve ser regulada em um documento único escrito¹⁴⁸.

Portanto, na obra de Heller, a constituição do Estado está situada no cenário em que se relacionam e interagem as forças da normalidade e da normatividade em um movimento recíproco e permanente¹⁴⁹.

Ainda, como forma e ordenação concreta, a constituição somente é possível em razão dos partícipes considerarem esta ordenação e esta forma como algo que

determinar a estrutura constitucional de cada Estado. Tal preceito só recebe o seu conteúdo das concepções que dominam a realidade social e que na própria constituição não se formulam ou só se formulam em parte. Originariamente, o preceito da igualdade (cuja letra não experimentou mudança alguma) referia-se somente à igualdade política dos homens, depois se ampliou para igualdade entre homens e mulheres. Da mesma forma, na primeira metade do século XIX significava só igualdade de direito políticos, mas passou a significar também a igualdade social (HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 304).

¹⁴³ HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 298.

¹⁴⁴ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p.106.

¹⁴⁵ HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 302.

¹⁴⁶ HELLER, Hermann. **Teoria do estado...**, p. 306-307.

¹⁴⁷ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p.106.

¹⁴⁸ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado...**, p.318.

¹⁴⁹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado...**, p.296.

deve ser cumprido e a atualizarem. A permanência da constituição depende da concordância das condutas com as suas previsões¹⁵⁰.

Para Heller, a constituição real do Estado pode conhecer uma normalidade sem normatividade, mas jamais uma validade normativa sem normalidade. Na forma normalizadora das normas sociais se apóia principalmente a permanência da constituição¹⁵¹.

A constituição juridicamente normada é também expressão das relações de poder¹⁵². A criação de normas pelo Estado não cria um direito válido, mas apenas o plano de um direito que se deseja para o futuro. Trata-se de uma oferta que o constituinte e o legislador fazem aos destinatários das normas, mas que só produz direito vigente na medida em que as normas saem de sua existência no papel para confirmar-se na vida humana como poder¹⁵³.

Em Heller, a idéia de poder constituinte – embora tratada apenas brevemente pelo autor e não de forma exaustiva - decorre do seu método e de sua concepção da constituição¹⁵⁴. Para Heller, “toda teoria que prescindida da alternativa direito ou poder, norma ou vontade, objetividade ou subjetividade desconhece a construção dialética da realidade e é, por isso, falsa já no seu ponto de partida”¹⁵⁵.

¹⁵⁰ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado...**, p.296.

¹⁵¹ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional...**, p.112-113.

¹⁵² Observe-se, porém, que mesmo reconhecendo o papel das relações de poder seria uma grande injustiça definir a teoria de Heller como decisionista ou puramente sociológica. Para o autor, acima de toda vontade criadora de direito existem princípios jurídicos gerais de conteúdo ético ou lógico-constutivo que geram e limitam todas as possibilidades de conteúdo de um direito positivo. Somente neste âmbito, o poder criador do direito pode adotar a sua decisão para dar caráter positivo aos preceitos jurídicos concretos. Ainda, quanto ao poder político, sustenta que só é bem sucedido na medida em que consegue revestir de autoridade moral os princípios éticos do seu direito (HELLER, Hermann. Poder político. Tradução: Vitor Nunes Leal. **Revista forense**, n. 517, set./1946, p. 37). Entretanto, esta vinculação normativa não pode ser confundida com uma reedição das concepções jusnaturalistas, pois Heller não defende a validade *a priori* de normas jurídicas com independência da conduta humana, do tempo e do espaço (NIEMEYER, Gerhart. **Prólogo...**, p. 14-15). Também, embora Heller tenha sido influenciado por Ferdinand Lassale (LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001), não se pode afirmar que sua adesão implique a contemplação do fenômeno jurídico no âmbito unilateral do ser, pois leva em consideração também o aspecto normativo. De fato, Heller complementa a formulação de Lassale, tendo em vista que reconhece que a constituição real consiste nas relações reais de poder, mas ao mesmo tempo afirma que há uma permanente interação ou condicionamento recíproco entre a força normativa do normal fático e a força normalizadora do normativo (VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional...**, p.112).

¹⁵³ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional...**, p.113.

¹⁵⁴ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional...**, p.114.

¹⁵⁵ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado...**, p.325.

Então, pode se considerar poder constituinte a vontade política cujo poder e autoridade estejam em condições de determinar a existência de uma unidade política. Mas não se pode separar o elemento normativo do conceito de autoridade porque esta se interpreta como um prestígio que se baseia essencialmente na nota de continuidade, na tradição e na permanência¹⁵⁶.

A legitimidade da constituição não pode ser contestada em relação a preceitos jurídicos positivos anteriores, mas para ser uma constituição - não apenas uma relação fática de dominação - precisa de uma justificação segundo princípios éticos de direito¹⁵⁷.

Nesses termos, a existencialidade e a normatividade do poder constituinte se condicionam reciprocamente. Um poder constituinte que não esteja vinculado aos setores que são de decisiva influência para a estrutura do poder, por meio de princípios jurídicos comuns, não tem poder nem autoridade e, tampouco, existência¹⁵⁸.

Como se nota, as considerações sobre o poder constituinte presentes na obra de Heller referem-se mais diretamente apenas ao poder constituinte originário, mas é possível extrair da sua teoria também alguns aportes sobre o poder de reforma da constituição.

Nesse sentido, buscou Konrad Hesse¹⁵⁹ analisar a categoria da mutação constitucional (processo informal de alteração constitucional) a partir da concepção de Heller.

¹⁵⁶ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado...**, p.327.

¹⁵⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado...**, p.327. Com base nessa afirmação de Heller, Vanossi aponta que não é possível falar de um poder constituinte ilimitado de forma absoluta, pois sempre existem limitações, nem sempre de ordem jurídica, sendo muitas vezes provenientes da normalidade (VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p.116).

¹⁵⁸ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado...**, p.327.

¹⁵⁹ Hesse é bem conhecido no Brasil por sua defesa da força normativa da constituição. Na aula inaugural proferida na Universidade de Freiburg em 1959, Hesse contrapõe-se às reflexões desenvolvidas por Lassale em 1862, para quem as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim políticas tendo em vista que a constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes (LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição...**, p. 17-18). Hesse, por sua vez, defende que a constituição real (fatores de poder) e a constituição jurídica encontram-se numa situação de coordenação correlativa. Aqui se verifica uma influência de Heller na teoria de Hesse. Ainda, Hesse defende que a constituição jurídica vem condicionada pela realidade histórica, mas que não é apenas expressão da realidade de cada momento, pois graças a seu caráter normativo ordena e conforma a realidade social e política (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991).

Partindo das afirmações teóricas de Heller de que a constituição forma um todo no qual a normalidade e a normatividade mantêm uma relação de mútua complementaridade e de que a normalidade social se modifica com base no fluxo do cotidiano, Hesse afirma que os princípios jurídicos supõem a penetração diária da realidade social¹⁶⁰.

Assim, a realidade social fundamentaria alterações informais da constituição, conforme observa Hesse¹⁶¹, mas também as modificações textuais operadas por meio de emendas constitucionais como no direito brasileiro.

Mas, se a tensão entre ser e dever ser não deve nunca ser apaziguada de forma unilateral como pontua Heller¹⁶², a normalidade social não pode ignorar por completo a normatividade da constituição, porque, assim, acabaria eliminando um dos elementos desta relação de coordenação, conforme bem observa Hesse¹⁶³.

Nesse momento, justificam-se as limitações ao poder de reforma que condicionam tanto as alterações formais como as informais.

Portanto, a idéia de constituição total e também a defesa da relação de coordenação entre ser e dever ser justificam as reformas constitucionais, tendo em vista que somente uma constituição política combinada com valores da sociedade terá a efetividade real¹⁶⁴. No entanto, analisar-se-á na seqüência quando e porque estas alterações – em especial as formais – podem ser levadas a efeito.

1.3 Titularidade do poder de reforma e seu fundamento democrático

1.3.1 Titularidade

Muito da discussão existente quanto à titularidade do poder constituinte originário¹⁶⁵ não se aplica ao poder de reforma da constituição, tendo em vista que

¹⁶⁰ Embora se valha da teoria de Heller, Hesse a critica por não ficar suficientemente claro de que maneira na relação de coordenação um elemento pode incorporar-se ao outro (HESSE, Konrad. **Limites de la mutación constitucional...**, p. 96-97).

¹⁶¹ HESSE, Konrad. **Limites de la mutación constitucional...**, p. 97.

¹⁶² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado...**, p.225.

¹⁶³ HESSE, Konrad. **Limites de la mutación constitucional...**, p. 97.

¹⁶⁴ BUZANELLO, José Carlos. **Constituição política em Hermann Heller...**, p. 265.

¹⁶⁵ A respeito da titularidade do poder constituinte originário, Schmitt sintetiza que na concepção medieval somente Deus poderia deter uma *potestas constituens*. Já durante a Revolução

se trata de um poder constituído, limitado e regulamentado. Assim, a própria constituição estabelece quem é competente para desencadear o processo de reforma constitucional e para deliberar sobre a proposta¹⁶⁶.

Francesa, deu-se com Sieyès o desenvolvimento da doutrina da nação como titular do poder constituinte. Especialmente no caso francês, no qual não surgiu uma nova formação política, um novo Estado (como no caso norte-americano), tratou-se de suscitar e contestar a titularidade do poder constituinte, tomando, o povo, com plena consciência, seu próprio destino. Mas, na restauração monárquica francesa (1815-1830), o rei se converteu em sujeito do poder constituinte, embora seja teoricamente difícil sustentar esta situação na medida em que ocorreu a transferência do poder constituinte do povo para a monarquia. Por fim, Schmitt alude à organização aristocrática ou oligárquica como sujeito do poder constituinte (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 98-99). Sobre a discussão quanto à titularidade do poder constituinte pertencer ao povo, ao príncipe, à oligarquia militar observa, no entanto, Gustavo Just da Costa e Silva que muitos autores parecem ignorar que a teoria do poder constituinte surgiu para fundamentar o direito do povo de fazer a constituição mesmo contra a ordem estabelecida (SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 175). Também Ernst Wolfgang Böckenförde afirma que o conceito de poder constituinte é um conceito democrático e revolucionário que só tem cabimento em conexão com uma teoria da constituição democrática (BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **El poder constituyente del pueblo: un concepto límite del Derecho constitucional**. In: **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução: Rafael de Agapito Serrano. Madri: Trotta, 2000, p. 163). No mesmo sentido: VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente...**, p. 49; QUINTANA, Segundo V. Linares. **Derecho constitucional e instituciones políticas...**, p. 454-458. No que concerne ao conceito de poder constituinte do povo, conferir: MULLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **El poder constituyente del pueblo...**, p. 165. Ainda sobre este assunto, verifica-se que uma das discussões quanto à criação de uma constituição da União Européia é justamente atinente ao fato de inexistir um povo europeu que legitime a atividade constituinte. Trata-se de uma discussão riquíssima que envolve questões como a redefinição da soberania nacional e do próprio conceito de poder constituinte originário. Sobre o tema: TAMBURINI, Márcia. **Perspectivas de uma nova teoria constitucional: reflexos do projeto de constituição européia**. In: DUARTE, Fernando; VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 289-335; CARVALHO NETO, Menelick de. **A constituição da Europa**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crises e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 281-289.

¹⁶⁶ Nesses termos, é possível citar diferentes configurações da atribuição da titularidade da competência para desencadear o processo de alteração constitucional. A Constituição Dinamarquesa de 1953 prevê que o processo de reforma pode ser iniciado apenas por um órgão especializado integrante do poder legislativo e denominado *Folkteing*. Contudo, o processo de aprovação é bastante complexo: aprovada a alteração da constituição e, desde que haja interesse da chefia do governo de levar adiante a matéria, o *Folkteing* se desfaz e são convocadas novas eleições legislativas para um segundo turno de votação da lei. Caso seja aprovada sem emendas – com emendas, é necessária uma nova eleição – dentro dos seis meses seguintes à aprovação definitiva os eleitores do *Folkteing* são chamados para aprovar ou rejeitar a mudança. Será aprovada desde que compareçam ao menos quarenta por cento dos eleitores inscritos, votando a maioria pela aprovação. Após este processo, a alteração ainda é submetida à sanção do rei. Já a Constituição Portuguesa de 1976 estipula como competente para iniciar o processo de reforma apenas os Deputados e na Constituição da Suíça de 1999 há a previsão do processo de revisão total e parcial ser deflagrado por iniciativa popular. A Constituição Uruguaia de 1967 também confere iniciativa a dez por cento dos cidadãos inscritos no Registro Cívico Nacional para desencadear o processo de reforma, bem como a dois quintos dos membros da Assembléia Geral. Para uma análise minuciosa dos procedimentos de reforma constitucional em vários países, conferir: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 205-237.

Na Constituição Brasileira de 1988, o Congresso Nacional delibera sobre as emendas e as aprova, assumindo, assim, a função de poder reformador e atribuiu-se competência para propor emendas constitucionais a um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ao Presidente da República e a mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, desde que se manifestem, em cada uma delas, a maioria relativa dos membros¹⁶⁷.

De fato, teoricamente é possível questionar a legitimidade da atribuição do poder de reforma analisando, por exemplo, se não seria mais democrático atribuir também à iniciativa popular esta competência ou se o fato do Presidente da República ser competente não remonta a certo autoritarismo¹⁶⁸. A questão da possibilidade de alteração dos titulares da competência para desencadear o processo de reforma constitucional será analisada no ponto relativo aos limites implícitos ao poder de reforma. No entanto, há que se pontuar que a titularidade do poder de reforma é um tema que não requer muita discussão teórica quando se tem

¹⁶⁷ Na Constituição de 1824, o processo de alteração das cláusulas materialmente constitucionais deveria ser iniciado no Legislativo. A Constituição de 1891 atribuiu a iniciativa ao Congresso Nacional e as Assembléias dos Estados. A Constituição de 1934 conferiu a iniciativa para as emendas constitucionais e revisão constitucional a uma quarta parte, pelo menos, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a mais de metade dos Estados, no decurso de dois anos, manifestando-se cada uma das unidades federativas pela maioria da Assembléia respectiva. A Constituição de 1937 atribui a iniciativa do processo de emendas ao Presidente da República e a Câmara dos Deputados. Na Constituição de 1946 a legitimidade foi conferida a uma quarta parte, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou a mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados. A Constituição de 1967 poderia ser emendada por proposta dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República e de Assembléias Legislativas dos Estados. Já com a Emenda n.01/69 ou, mais propriamente, da Constituição de 1969, a proposta de emenda cabia apenas aos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e ao Presidente da República.

¹⁶⁸ Vanossi considera que a atribuição de competência para impulsionar a reforma constitucional pode variar entre opções autocráticas e democráticas de criação do direito. A iniciativa exclusiva do órgão executivo tem uma conotação autocrática, ao passo que a iniciativa exclusiva do órgão legislativo tem um compromisso democrático e uma feição pluralista. Já a iniciativa indistinta do executivo e do legislativo se inspira na moderação e no equilíbrio entre os poderes, embora, de fato, verifique-se sempre o predomínio da iniciativa do executivo. A iniciativa conjunta do povo e do órgão legislativo demonstra a inserção de mecanismos de democracia direta no regime representativo. (VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional...**, p. 318-320). Sobre esta questão, Pedro de Vega observa que o sistema de reforma constitucional está diretamente ligado ao regime político em que está inserido. Portanto, o critério mais idôneo para explicar e distinguir os tipos de procedimento de reforma é o que parte da distinção entre as diversas formas de governar: autocrática, aristocrática e democrática. Para Vega, é próprio das formas democráticas concentrar os mecanismos de reforma no povo e nos órgãos representativos, ao passo que o comum das formas autoritárias é atribuir a competência para iniciar a reforma no órgão executivo (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente...**, p. 79-80).

a previsão pelo poder constituinte originário do órgão reformador e de um rol de legitimados para propor emendas¹⁶⁹.

1.3.2 Fundamentos

A discussão quanto aos fundamentos da reforma constitucional é mais rica e complexa do que a relativa à titularidade. Envolve a tensão existente entre constitucionalismo e democracia que será analisada de forma detalhada no próximo capítulo, bem como entre estabilidade e dinamicidade no direito constitucional¹⁷⁰.

Com efeito, a imagem do direito como estático manifestou-se de maneira muito forte na constituição desde o início do constitucionalismo, embora também seja o direito constitucional o âmbito de regulação da vida social que reflita de modo

¹⁶⁹ No direito brasileiro se rejeita a tese da inconstitucionalidade das normas constitucionais advindas do poder constituinte originário. Quem tratou do tema de forma detalhada e sistemática foi o alemão Otto Bachof. O autor aponta que o Tribunal Constitucional alemão já reconheceu a existência de um direito suprapositivo que obriga inclusive o constituinte. Bachof trabalha com determinadas hipóteses de normas constitucionais inconstitucionais: normas constitucionais ilegais (não referendadas, por exemplo); inconstitucionalidade das leis de alteração da constituição; inconstitucionalidade decorrente da contradição com normas constitucionais de grau superior estabelecida autonomamente pelo legislador constituinte; inconstitucionalidade resultante da mudança de natureza de normas constitucionais (cessação da vigência sem disposição expressa); inconstitucionalidade por infração ao direito supralegal positivado na constituição; inconstitucionalidade por violação dos princípios constitucionais não escritos; inconstitucionalidade por violação do direito consuetudinário (hipótese refutada por Bachof); inconstitucionalidade por infração de direito supralegal não positivado (BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução: José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 03, 25, 48-68). Contudo, na ação direta de inconstitucionalidade n. 815-3, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, não conheceu do pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 45, §§1º e 2º da Constituição Federal em razão da alegada violação a princípios superiores positivados na Constituição de 1988. Sustentava-se basicamente a tese da hierarquia entre as normas constitucionais, sendo as apenas formalmente constitucionais subordinadas às materialmente constitucionais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 815/DF. Relator: Ministro Moreira Alves, julgada em 23/03/1996, publicada em 10/05/1996). Para uma análise do caso: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 175-178. No entanto, aceita-se o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais por serem oriundas de um poder constituído e limitado. Sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 129; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro...**, p. 197-199.

¹⁷⁰ Sobre a relação entre dinâmica e estabilidade no direito constitucional e para um enfoque da garantia da identidade reflexiva da constituição em relação à sociedade: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1073-1074.

mais nítido as transformações políticas e sociais, motivo pelo qual a abertura a estas transformações tornou-se imprescindível para as constituições contemporâneas¹⁷¹.

No entanto, reconhece-se que a constante alteração textual de uma constituição diminui a sua força normativa e, nestes termos, alguns teóricos como Hesse sustentam que a constituição deve se limitar a estabelecer uns poucos princípios fundamentais cuja caracterização detalhada – considerando a celeridade das modificações operadas na realidade social e política - pode ocorrer de maneira contínua. Do contrário, tratando-se de uma constituição analítica, tornam-se inevitáveis as modificações freqüentes da constituição que acarretam a depreciação de sua força normativa¹⁷².

Portanto, a situação que se tem é a seguinte: de um lado, a estabilidade constitucional é importante para a realização da segurança jurídica e também para a supremacia e efetividade da constituição, mas, de outro lado, a alteração da constituição também tem um papel significativo na medida em que possibilita que a constituição conforme de fato o Estado e se adapte às transformações políticas e sociais¹⁷³.

Nesse sentido, ao discorrer sobre o controle de constitucionalidade segundo a tradição radical¹⁷⁴, Roberto Gargarella aponta que o desenho das normas constitucionais tem, de um lado, um aspecto quase revolucionário e, de outro, um extremamente conservador posto que a constituição representa uma vinculação das gerações futuras (que pode ser inclusive abusiva e irracional)¹⁷⁵.

Assim, pensadores como Thomas Paine e Thomas Jefferson sustentaram que cada geração teria o direito de se autogovernar por meio de uma constituição, não

¹⁷¹ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 52-53; VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 59.

¹⁷² HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição...**, p. 20-21.

¹⁷³ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 57-62, 69-70.

¹⁷⁴ A tradição radical a que se refere Gargarella tem a ver com a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional. Trata-se de uma corrente que se opõe ao elitismo presente em muitos dos argumentos usados pelos defensores do controle jurisdicional de constitucionalidade e sustenta basicamente que a determinação de soluções imparciais requer a consulta e o consenso de todos os indivíduos potencialmente afetados pelas soluções (GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996, p. 81-104).

¹⁷⁵ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno...**, p. 127.

sendo legítima a imposição de uma carta concebida de acordo com as necessidades e convicções da geração passada à geração presente e às futuras¹⁷⁶.

Em sua polémica com Burke sobre a Revolução Francesa, Paine sustentou que cada geração deveria ser livre para agir sozinha em todos os casos da mesma forma que as gerações precedentes¹⁷⁷. Ainda, que as leis feitas por uma geração continuariam vigentes para as gerações sucessivas somente por força do consentimento destas. Para o autor, o único consenso válido é o das pessoas vivas e nenhuma geração teria o direito de limitar as seguintes sem a sua anuência¹⁷⁸.

Também Jefferson compartilhou da idéia de que a terra pertence aos vivos e sustentou que a lei da natureza prega a independência das gerações¹⁷⁹. Desta forma, cada geração deve poder fixar suas próprias regras¹⁸⁰. O autor estudou as taxas de mortalidade na Europa e concluiu que as gerações se renovavam em dezenove anos. Daí a sua sugestão de renovar a constituição quando se estivesse prestes a cumprir duas décadas de sua vigência¹⁸¹.

¹⁷⁶ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno...**, p. 127. Sobre a vida e obra de Paine e de Jefferson: JEFFERSON, Thomas; et al. In: WEFFORT, Francisco (Org). **Os pensadores**. Tradução: Leônidas Gontijo de Carvalho; A. Della Nina, J. Albuquerque; Francisco Weffort. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Especificamente sobre Thomas Paine: TERRÓN, Eloy. Prólogo. In: PAINE, Thomas. **Los derechos del hombre**. Buenos Aires, Aguilar, 1959, p. 09-32.

¹⁷⁷ Não obstante, em 1776, Paine havia defendido uma “Carta Constitucional” que atuaria como um firme convênio. Mas, em 1791, embora não mudando radicalmente suas opiniões, refutou a idéia de um marco constitucional herdado. Daí a sua afirmação que cada época e cada geração deveriam ser livres para atuar por si mesmas, em todos os casos, como as épocas e as gerações que as precederam. Note-se, porém, que o ataque frontal de Paine contra o pré-compromisso constitucional decorre de sua concepção de democracia. Para o autor, a democracia é a regra da vida (HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução: Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999, p.222).

¹⁷⁸ PAINE, Thomas. **Los derechos del hombre**. Tradução: J. A. Fontanilla. Buenos Aires: Aguilar, 1959, p. 48-49, 81, 88, 98; GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno...**, p. 127.

¹⁷⁹ Contudo, da mesma forma que Paine, Jefferson chegou a defender de certa forma o constitucionalismo e negou à legislatura o poder de anular as liberdades pessoais consagradas na Declaração de Direitos. Mas, ao mesmo tempo, na seqüência, lançou um ataque implacável contra a idéia de pré-compromisso constitucional (HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 224.).

¹⁸⁰ Nas palavras de Jefferson: “a geração atual tem o mesmo direito de autogoverno que a anterior teve para si”. (JEFFERSON, Thomas. Escritos políticos. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os pensadores**. Tradução: Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 26).

¹⁸¹ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno...**, p. 128. Ainda, verifica-se que na própria Declaração de Independência norte-americana, redigida em 1776 por Jefferson, ficou expresso que ao povo é inerente o direito de alterar ou abolir a forma de governo quando esta for ofensiva aos fins para os quais foi criada (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p.45).

Dessas afirmações, decorre a defesa da possibilidade de substituição do documento constitucional e também de realizar alterações pontuais no texto. Portanto, a possibilidade de autogoverno das gerações e as necessidades presentes – uma alteração na normalidade social na expressão de Heller – justificariam a modificação do texto constitucional¹⁸².

Contudo, nem toda a alteração constitucional levada a efeito a pretexto de necessidades políticas aparentemente inelutáveis pode ser considerada legítima. Também este tema será trabalhado na seqüência, pois se refere diretamente as barreiras impostas pelo constitucionalismo às alterações constitucionais, mas cabe registrar aqui a necessidade de uma justificação legítima da reforma constitucional, posto que toda alteração no texto demonstra que determinadas necessidades objetivas reais tem mais valor que a regulação normativa vigente em determinado momento¹⁸³.

Mesmo que se alegue que a possibilidade de alteração constitucional é uma manifestação do autogoverno e, assim, da democracia¹⁸⁴, há que ser justificada

¹⁸² Em sentido análogo, Paulo Napoleão Nogueira da Silva justifica as reformas constitucionais como uma forma de autogoverno e um corolário do princípio democrático, bem como afirma a necessidade de estipulação de revisões periódicas da constituição (SILVA, Paulo Nogueira Napoleão da. **Princípio democrático e estado legal...**, p. 59).

¹⁸³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição...**, p. 20; QUINTANA, Segundo V. Linares. **Derecho constitucional e instituciones políticas...**, p. 465.

¹⁸⁴ Aqui surge a necessidade de fundamentar a própria superioridade do regime democrático. Pode-se indagar se a democracia pode ser considerada algo fundamental afirmando-se, por exemplo, que uma ditadura que se preste à realização de direitos fundamentais tem o mesmo valor que uma sociedade democrática. Ou ainda, que seria preferível um regime ditatorial no qual se respeitassem determinados direitos a uma democracia em que estes permanecessem como promessas não cumpridas. Contudo, sustenta Nino que a democracia possui um valor epistêmico para acessar a decisões moralmente corretas (NINO, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 168). Na obra *Ética y derechos humanos*, Nino analisa as justificativas correntes da democracia. A primeira assenta-se na noção de que a democracia é uma expressão da soberania popular. Trata-se da abordagem tradicional sustentada no argumento de que a democracia é a única forma de governo em que o povo permanece soberano. Todavia, o problema desta linha argumentativa é justamente definir o conceito de povo, tendo em vista que se trata de palavra ambígua. Outra tentativa é justificar a democracia como o governo que conta com o consentimento dos governados. Já que a aprovação geral não é viável, o consentimento poderia ser suficiente para justificar a democracia. A idéia é que a participação no processo democrático, ainda que para expressar desaprovação, pode implicar consentimento com o resultado deste processo. Contudo, o consenso só pode existir quando a participação é voluntária e a voluntariedade da participação exige que o voto não seja obrigatório. Ademais, exige que a obrigação resultante do processo só se aplique aos que efetivamente participaram. Portanto, a idéia do consenso dos governados não justifica a democracia, pois esta justificativa leva praticamente a mesma exigência de aprovação unânime. Nino também analisa outras hipóteses justificadoras da democracia, tais como a que sustenta que a democracia consagra a igualdade e se conecta a um procedimento equitativo; as de índole contratualista e as conseqüencialistas. Mas considera que todas são insuficientes. Assim, defende

quando se trabalha com a noção de democracia constitucional, pois se as modificações se acumulam carentes de legitimidade em pouco tempo a consequência inevitável é o abalo na confiança da inquebrantabilidade e da força normativa da constituição¹⁸⁵.

Ademais, como observa Heller, a tensão entre normalidade social e normatividade não pode ser apaziguada de forma unilateral. Não se pode privilegiar a normalidade social em detrimento da normatividade constitucional. A solução proposta pelo constitucionalismo é a de assegurar a identidade constitucional por meio da imutabilidade de alguns preceitos, deixando-os imunes à ação do poder constituinte de reforma, sendo que daqui deriva a dialética entre rigidez e mobilidade da constituição¹⁸⁶.

No entanto, essa solução não é pacífica aos olhos de quem se apega de forma radical a noção de autogoverno. Trata-se, aliás, do ponto revelador de um dos dilemas clássicos do constitucionalismo contemporâneo que é a tensão entre constitucionalismo e democracia, tratada de forma específica no capítulo seguinte.

que a democracia é um sucedâneo do discurso moral. Trata-se, portanto, de um discurso moral regulamentado que preserva em maior grau que qualquer outro sistema de decisões os traços do discurso moral originário. Com efeito, o discurso moral é uma técnica para convergir em ações e atitudes com base na adoção livre e compartilhada dos mesmos princípios que guiam estas ações e atitudes. O resultado do discurso tem um valor epistemológico em razão do efeito positivo que tem a discussão para detectar falhas no conhecimento e na racionalidade e, sobretudo, na equivalência funcional que há entre consenso unânime entre todos os interesses e imparcialidade. Então, é possível presumir que o resultado do discurso se aproxima de uma solução correta. Outra função do discurso moral é a função prática de permitir a superação de conflitos e que se alcance a cooperação. Não obstante, em muitos casos o discurso moral não é operativo, tendo em vista que há pessoas que se negam a participar e preferem outros métodos. Para superar esta última limitação do discurso moral, deve-se abandonar seu caráter temporalmente ilimitado e fixar oportunidades para uma decisão obrigatória, sendo que isso leva a outra modificação que é a substituição da exigência de consenso unânime pela aprovação majoritária. Mas estes desvios pragmáticos não implicam o abandono das demais exigências como a de que as decisões devem estar justificadas com base nos princípios que satisfazem as condições formais do discurso moral (escutar os argumentos a favor e contra, que toda pessoa moral deve ser considerada fonte potencial de tais argumentos, que todos devem participar da decisão coletiva, entre outras). Nino observa que quando submetemos o discurso moral ao regimento indicado, temos um sucedâneo do discurso originário que é o sistema democrático de decisões. O que justifica este procedimento é o fato de tender a produzir resultados que se aproximam mais do requisito de imparcialidade. Portanto, a democracia tem valor epistemológico por ser um bom método para alcançar o conhecimento moral, visto que inclui, como componentes essenciais, tanto a discussão como a conformidade majoritária, levando ao mais próximo possível da verdade moral (NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos...**, p. 371-397).

¹⁸⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição...**, p. 22.

¹⁸⁶ VILLALÓN, Pedro Cruz. Introducción. In: VILLALÓN, Pedro Cruz (Org.). **Escritos de derecho constitucional**. Tradução: Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992, p. XVI.

2 A TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

2.1 Considerações iniciais

De fato, pode-se reputar harmônica a relação entre democracia e constitucionalismo tendo em vista que a democracia requer estabilidade política, social, econômica e também jurídica e que o papel das limitações às reformas constitucionais é justamente conferir estabilidade social e institucional¹⁸⁷.

Entretanto, a questão é mais complexa e para se chegar a uma conclusão ao menos provisória é necessário analisar as teorias que advogam a prevalência absoluta dos postulados do constitucionalismo e do liberalismo político e também as teorias que se apegam às premissas democráticas e, assim, refutam as limitações impostas pelo constitucionalismo.

Com efeito, trata-se de um dilema clássico a oposição entre a semântica do constitucionalismo e da democracia^{188 189}. A dissonância deriva do fato de que se por um lado a organização das sociedades se apóia no consenso popular, por outro, a vontade dos cidadãos tem como limites normas constitucionais dificilmente modificáveis ou mesmo intangíveis¹⁹⁰.

É característica ao constitucionalismo liberal¹⁹¹ a defesa de um documento constitucional que protege os direitos e assegura a separação de poderes. Desta

¹⁸⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e mudança constitucional...**, p. 167.

¹⁸⁸ Conforme Stephen Holmes, a existência de uma tensão entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno (HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p.219).

¹⁸⁹ Segundo Jon Elster, há que se pontuar ainda que a desavença entre constitucionalismo e democracia é apenas a projeção bidimensional de um problema tridimensional. A terceira dimensão que dá profundidade a este debate é o objetivo de tomada eficaz de decisões que requer tanto a participação popular como as restrições constitucionais (ELSTER, Jon. Introducción. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura económica, 1999, p. 33).

¹⁹⁰ No mesmo sentido, enfatizando a importância da questão: GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana; VIA, Alberto Dalla; GARGARELLA, Roberto, et al. (Org.). **Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2004, p. 69.

¹⁹¹ Observa-se que o que diferencia o constitucionalismo liberal do constitucionalismo democrático é que este, além de reconhecer direitos civis e políticos, também consagra e impõe a concretização dos direitos sociais e de solidariedade. Neste sentido: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 19; STRECK, Lenio Luiz. Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise da efetividade da constituição brasileira. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 250-252. No

forma, verifica-se que o constitucionalismo alude àqueles limites que recaem sobre as decisões majoritárias e, logo, as constituições acabam cumprindo duas funções: proteger os direitos e constituir um obstáculo contra certas mudanças políticas que teriam lugar se fossem do interesse da maioria¹⁹².

Mas, ao mesmo tempo em que se afirma essa defesa podem ser postas algumas questões fundamentais tais como: o que justifica sob uma perspectiva democrática, que o passado, mediante uma constituição, governe o presente e o futuro, ou melhor, que uma sociedade democrática deseje limitar seu próprio poder soberano? Por que desejaria uma assembléia política abdicar de sua plena soberania e fixar limites as suas próprias ações futuras? Ainda, por que certos direitos e interesses devem ser protegidos em face das pretensões contemporâneas e das mudanças nas concepções da sociedade? Por que uma sociedade democrática toleraria uma aparente ditadura do passado sobre o presente? Que direito é este de uma geração limitar a liberdade de suas sucessoras e por que estas se sentem obrigadas pelas restrições estabelecidas no passado?¹⁹³

Nesse sentido, Jon Elster enuncia como paradoxo da democracia que “cada generación quiere ser libre para atar a sus sucesoras, mientras rechaza estar atada por sus predecesoras”¹⁹⁴.

Uma possível solução para essa questão foi apresentada pelo próprio Elster. Embora reconheça que a metáfora de Ulisses é válida apenas parcialmente para explicar a atividade constituinte¹⁹⁵, o autor definiu as constituições como mecanismos de pré-compromisso que servem para proteger contra decisões imprudentes¹⁹⁶.

entanto, no constitucionalismo democrático ainda persiste a tensão com a democracia nos termos tratados neste capítulo.

¹⁹² ELSTER, Jon. **Introducción...**, p. 34-35.

¹⁹³ ELSTER, Jon. **Introducción...**, p. 33, 40; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 34, 43.

¹⁹⁴ ELSTER, Jon. **Ulises desatado: estudios sobre la racionalidad, precompromiso y restricciones**. Tradução: Jordi Mundo. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 137. Tradução livre: “cada geração quer ser livre para atar as suas sucessoras, embora negue estar atada pelas suas predecessoras”.

¹⁹⁵ ELSTER, Jon. **Ulises desatado...**, p. 115. Sobre esta questão, remete-se a nota n. 199.

¹⁹⁶ Não apenas Elster argumentou dessa forma em *Ulisses e as sereias*. O autor remete a metáfora de Friedrich Hayek que afirma que as constituições são ataduras que o Pedro sóbrio impõe ao Pedro bêbado. Também Cass Sunstein defendeu que as estratégias de pré-compromisso constitucional podem servir para salvar da miopia ou da debilidade de vontade da coletividade (ELSTER, Jon. **Ulises desatado...**, p. 111-112).

A metáfora de Ulisses, que determina que o amarrem ao mastro da embarcação para não sucumbir ao canto das sereias, explicaria o papel das restrições constitucionais em uma sociedade democrática, ou seja, demonstra como se impedir que a própria constituição sucumba diante de paixões, desejos passageiros, miopias das maiorias.

Outra metáfora possível também apresentada por Elster remete aos motivos que levam as pessoas a contraírem matrimônio quando poderiam apenas viver juntas. Um motivo para esta restrição da liberdade seria que as pessoas visam proteger-se de si mesmas contra a tendência humana de agir sem muita reflexão, movidas por paixão. Nestes termos, o elevado custo da dissolução legal do matrimônio e as demoras legais dificultam a tendência a ceder a meros impulsos, bem como ensejam a tomada de decisões a longo prazo como ter filhos e investir em uma casa¹⁹⁷.

Assim, o papel das limitações constitucionais é o de impedir que a sociedade modifique sua opinião em questões importantes baseada apenas em paixões, auto-engano e histerias que podem determinar que uma maioria temporal estabeleça alterações que sejam lamentadas posteriormente¹⁹⁸. Em outros termos, as restrições constitucionais se prestam a proteger as sociedades democráticas das miopias crônicas¹⁹⁹.

¹⁹⁷ ELSTER, Jon. **Introducción...**, p.40.

¹⁹⁸ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 218. Há outros exemplos arrolados por Elster tais como a hipótese de uma maioria não contida por restrições constitucionais decidir que uma ameaça interna ou externa justifica a suspensão das liberdades públicas e, desta forma, resolver promulgar uma legislação retroativa contra “os inimigos do povo”. Estas medidas causariam danos irreparáveis e poderiam acarretar inclusive a abolição do próprio governo do povo, substituindo-o por uma ditadura, o que debilita inclusive a própria democracia (ELSTER, Jon. **Introducción...**, p. 41).

¹⁹⁹ No entanto, percebe-se que a analogia com Ulisses ou mesmo no caso do matrimônio não é de todo apropriada para justificar a autovinculação das gerações. Primeiro, porque as constituições, mais do que se apresentarem como atos de auto-restrição, atam e impõem restrições aos demais e, por outro lado, pode ocorrer que uma constituição inclusive não tenha poder para restringir. O próprio Elster reformulou algumas noções diante da crítica de Jens Arup Seip que afirmou que “na política, a gente nunca trata de atar-se a si mesmo, mas sim de atar aos demais”. Apesar da severidade da crítica, Elster reconheceu que acaba se aproximando mais da verdade do que a concepção de que se auto-impor restrições seja a essência da elaboração de uma constituição (ELSTER, Jon. **Ulises desatado...**, p. 11, 115). No mesmo sentido, Oscar Vilhena Vieira observa que no caso de Ulisses ocorre uma limitação individual, ao passo que no processo constitucional a rigidez imposta tem um caráter supra-individual na medida em que é imposta ao conjunto da sociedade. Ainda, pondera que o modelo de pré-cometimento constitucional se distingue da autovinculação de Ulisses tendo em vista que os mecanismos constitucionais tradicionais não estabelecem uma vedação total à liberdade de

Além da idéia de autovinculação que protege contra os interesses imediatos das maiorias e contra inconsistências temporais²⁰⁰, mais dois argumentos que justificam a supremacia constitucional intertemporal podem ser apresentados.

O primeiro apóia-se na seguinte premissa: as constituições formuladas em um determinado período não se sobrepõem às gerações futuras, mas aos delegados e representantes do governo. Então, o que se tem é uma superioridade da vontade popular expressa na constituição em relação às decisões governamentais²⁰¹.

Trata-se de concepção presente já nas formulações de Sieyès que defendeu a submissão da vontade dos poderes constituídos à vontade da nação levada a efeito pela Assembléia Nacional Constituinte (poder constituinte), por ser a segunda qualitativamente superior.

No entanto, conforme já analisado, em Sieyès não existe uma formulação acabada da possibilidade de reforma da obra do poder constituinte. Ademais, o que ocorre é que fica sem uma solução firme a questão da necessidade de correção ou do aperfeiçoamento da obra do poder constituinte originário senão por intermédio de outra manifestação da soberania da nação²⁰².

ação dos parlamentos, mas apenas as cláusulas que denomina de superconstitucionais (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 15, 20). Também, Stephen Holmes analisa e refuta a tese de Thomas Schelling, muito próxima da sustentada por Elster, no sentido de que as constituições são estratégias indiretas de mando de uma comunidade. Rejeita porque as nações não são como “indivíduos grandes” e as constituições não podem ser comparadas às promessas de ano novo. Embora Holmes reconheça que o auto-paternalismo é uma categoria muito útil para ilustrar a função das restrições constitucionais, aponta três importantes desanalogias entre constitucionalismo e domínio de si mesmo. Primeiro, diferente dos indivíduos que se atam para limitar sua própria capacidade pré-existente de eleição, as constituições estabelecem um procedimento de decisões em lugar de restringir uma vontade pré-existente. De fato, criam um marco em que a nação pode ter uma vontade. Segundo, diferente do homem obeso que se ata porque não dispõe de fortaleza de vontade, a política constitucional não se baseia nesta ambição de virtude. Por fim, enquanto as regras de auto-incapacitação tem apenas um propósito, as normas constitucionais têm diversos e se prestam a favorecer metas futuras ainda desconhecidas dos constituintes (HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 259-260).

²⁰⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 19. A definição de inconsistência temporal ou dinâmica pode ser encontrada na obra de Elster. Esta se dá quando a melhor política planificada na atualidade para um determinado período futuro já não é mais a melhor quando se chega este período. Pode-se acrescentar a esta definição também que a mudança de preferências relacionada com a inconsistência temporal não vem causada por mudanças exógenas e imprevistas no entorno, nem por uma alteração subjetiva no agente, mas sim é causada pela mera passagem do tempo (ELSTER, Jon. **Ulises desatado...**, p. 36).

²⁰¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 43.

²⁰² Nesse sentido: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 47. Conforme já analisado no primeiro capítulo, apesar de Sieyès esboçar noções de atualização da constituição por meio do *jury constitutionnaire*, não se encontra em Sieyès uma verdadeira teoria sobre o poder de reforma da constituição.

A segunda linha de argumentação, que é muito próxima da anterior, é no sentido de que as decisões constitucionais do passado se encontram em uma posição de supremacia em face das decisões governamentais do presente e do futuro por sua origem popular e por serem fruto de um processo de deliberação constitucional que difere da política cotidiana. Em outros termos, a diferença reside no processo de deliberação especial²⁰³.

Nesse sentido, observa-se que no contexto norte-americano, a legitimidade das constituições elaboradas pelo órgão legislativo ordinário foi muito criticada por remontar a fórmula inglesa de soberania popular. A discussão era se a manifestação do poder do povo não poderia ser confundida com o exercício cotidiano do poder pelos representantes²⁰⁴ e exigia-se que a elaboração de uma constituição se desse por um processo de deliberação qualitativamente distinto e com ratificação do povo.

Nesse momento é interessante retomar a polêmica existente entre Paine e Jefferson e os federalistas Alexander Hamilton e James Madison. Segundo já exposto, Jefferson defendeu inclusive a renovação periódica da constituição justamente para assegurar a liberdade das gerações e também discordou da noção elitista de que apenas poucos ilustrados seriam capazes de reconhecer as verdades, confiando que todas as pessoas poderiam formar juízos corretos²⁰⁵.

Da mesma forma, tem-se a defesa de Paine de que o único consenso válido é o das pessoas vivas, não sendo legítima a limitação das gerações futuras sem a sua anuência.

Porém, de outro lado, no período da fundação dos Estados Unidos, verifica-se a defesa da supremacia constitucional pelos federalistas Alexander Hamilton e James Madison.

²⁰³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 44.

²⁰⁴ Vieira aponta um caso interessante, tido como a primeira experiência para o estabelecimento de uma escala superior de deliberação e ratificação constitucional. Trata-se da recusa de diversas cidades em aceitar a proposta de Constituição de Massachusetts por ter sido formulada apenas pelo corpo legislativo estadual. Exigiu-se a convocação em 1779 de uma convenção constitucional e que os resultados das deliberações da convenção deveriam ser aprovados pelos cidadãos das cidades (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 49).

²⁰⁵ É interessante a aproximação que Gargarella faz entre Jefferson e Locke. Diferente dos federalistas, Jefferson se concentrou na preocupação de Locke com a igualdade presente no seu *Segundo tratado sobre o governo* (GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno...**, p. 120-121).

Na sua argumentação a favor da atuação dos juízes como guardiões da constituição, Hamilton sustentou que quando o Judiciário reprime leis inconstitucionais não está se sobrepondo ao Legislativo, mas apenas está afirmando a superioridade do poder do povo expressa na constituição²⁰⁶. Ainda, Hamilton defendeu que “até que o povo tenha, por algum ato solene e peremptório, anulado ou alterado as normas vigentes, elas devem ser obedecidas tanto coletiva como individualmente e nenhum pressuposto ou mesmo conhecimento das intenções do povo poderá autorizar seus representantes a furtarem-se, antes do referido ato, ao cumprimento daquelas normas”²⁰⁷.

Entretanto, esse raciocínio de Hamilton se aproxima muito do elaborado por Sieyès e acaba por ensejar a mesma crítica. Mas, há que se ater também à defesa do constitucionalismo proposta por Madison que apresenta algumas peculiaridades.

Com efeito, Madison defendeu a Constituição norte-americana elaborada por uma Convenção exclusiva e ratificada pelo povo, visto que esta estabeleceu os princípios de justiça e interesses permanentes aos quais deveriam se submeter o governo e os representantes do povo, garantindo, assim, que os valores superiores ficariam imunes às paixões e às irracionalidades da política cotidiana²⁰⁸.

²⁰⁶ Com efeito, verifica-se que os mesmos argumentos levantados por Hamilton foram retomados pelo John Marshall no caso *Marbury v. Madison*, tido como precursor do controle difuso-incidental de constitucionalidade. William Marbury foi designado juiz pelo então presidente John Adams na véspera deste deixar o cargo. Todavia, Thomas Jefferson, presidente que assumiu na sequência, decidiu não reconhecer as designações enviadas pela administração de Adams. Então, Marbury ingressou com “*writ of mandamus*” na Suprema Corte norte-americana para que se ordenasse James Madison, então Secretário de Estado, que o empossasse como juiz de paz com base na seção 13 do “*Judiciary Act*” de 1789. No entanto, em 1802, o Congresso revogou o “*Judiciary Act*”. Então, ciente de que se fosse concedido o mandado a decisão poderia não ser cumprida, Marshall estabeleceu que Marbury tinha direito de ser empossado, tendo em vista que a nomeação era irrevogável. Mas, negou que a Suprema Corte poderia julgar o caso, pois a seção 13 do “*Judiciary Act*” que lhe atribuía tal competência era inconstitucional na medida em que ampliava a competência da Suprema Corte estabelecida constitucionalmente. Assim, Marshall sustentou o poder do Judiciário de invalidar atos legislativos inconstitucionais tendo em vista a supremacia constitucional. Para uma análise do caso e da semelhança com os argumentos de Hamilton: MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. Curitiba, 2002. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 09-10; GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno...**, p. 44-47. Para uma síntese dos fundamentos e importância do julgado na história constitucional: FARBER, Daniel, ESKRIDGE JUNIOR, William; FRICKEY, Philip. **Constitutional law: themes for the constitution's third century**. Minnesota: West Publishing Company, 1993, p. 61-74.

²⁰⁷ HAMILTON, Alexander. Os juízes como guardiões da constituição. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 578, 580.

²⁰⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 52.

A idéia de limitação das irracionalidades políticas permeia os textos produzidos por Madison, tendo em conta que tinha como imprescindível o controle das facções que, para o autor, consistiam na maior ameaça aos governos populares²⁰⁹.

Em razão dos pressupostos latentes das facções estarem semeados na natureza humana²¹⁰ - tais como tendência à animosidade política, religiosa, a busca de interesse pessoal, ambição - Madison considerou impossível eliminar as causas das facções da política, pois demandaria com que todos os cidadãos tivessem a mesma opinião ou mesmo o aniquilamento da liberdade na vida política²¹¹.

Então, o caminho para Madison seria controlar os efeitos das facções. Ponderou que se uma facção não constituísse maioria, o princípio majoritário asseguraria o seu controle. Contudo, caso o grupo que buscasse a realização dos interesses particulares conseguisse a maioria de votos, o princípio majoritário, por si só, não daria conta de proteger os direitos e o bem comum²¹². Desta maneira, a importância da constituição residiria justamente em controlar os efeitos que decorrem da política e, assim, resguardar o bem público e os direitos individuais

²⁰⁹ Madison foi incisivo ao afirmar que entre as vantagens prometidas por uma união bem constituída, nenhuma merecia ser mais detalhadamente acentuada do que sua tendência para conter e controlar as facções. Madison definiu como facções “um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unidos e agindo sob um impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade” (MADISON, James. *O tamanho e as diversidades da União como um obstáculo às facções*. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 147-148).

²¹⁰ Nesse momento é possível uma aproximação entre David Hume e Madison e é o que faz Oscar Vilhena Vieira. Para Hume, embora todo homem tenha consciência da necessidade de justiça para preservar a paz e a ordem, não é possível obrigá-los a seguir de maneira fiel a justiça, pois em certas situações os interesses imediatos falam mais alto, as tentações presentes. Assim, tanto para Hume quanto para Madison, é da natureza humana deixar o justo em segundo plano para satisfazer os interesses e as necessidades imediatas (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 52). Aliás, a concepção pessimista da natureza humana permeia os artigos de *O Federalista*, embora não haja um artigo ou grupo de artigos dedicado à teoria da natureza humana. Mas o caráter e a conduta do homem são extremamente relevantes para os autores e chega a constituir um dos fundamentos sobre os quais erigem a defesa da constituição (WRIGHT, Benjamin Fletcher. Introdução. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 34-35).

²¹¹ MADISON, James. **O tamanho e as diversidades da União como um obstáculo às facções...**, p. 148-149.

²¹² MADISON, James. **O tamanho e as diversidades da União como um obstáculo às facções...**, p. 150.

contra o perigo de facções majoritárias, preservando o espírito e o sistema de governo²¹³.

Note-se que o controle das facções não pode ser realizado efetivamente nem por estadistas, pois, segundo Madison, estes não são capazes de ajustar os interesses conflitantes, pois “nem sempre estão no leme”²¹⁴. Portanto, a tarefa de controlar cabe às instituições estabelecidas no plano constitucional e, ainda, o que justifica a necessidade da constituição é a sua capacidade de criar duas esferas políticas – constitucional e cotidiana - sendo que a constitucional deve ser colocada fora do alcance das decisões tomadas na cotidiana que são influenciadas por interesses pessoais e das maiorias eventuais²¹⁵.

Portanto, para Madison, a constituição deve ser obedecida pelas gerações futuras não pelo simples fato de ter sido elaborada pelo povo, mas também em razão de possuir determinadas características que são capazes de reduzir os efeitos da política cotidiana das facções²¹⁶. Além do mais, o que faz da constituição algo tão especial é o momento em que foi concebida, ou seja, o ambiente político circundante²¹⁷.

²¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 53; MADISON, James. **O tamanho e as diversidades da União como um obstáculo às facções...**, p. 150.

²¹⁴ MADISON, James. **O tamanho e as diversidades da União como um obstáculo às facções...**, p. 150.

²¹⁵ Vieira observa que para Madison a alusão à origem popular da constituição parece muito mais uma utilização retórica, pois o que deve ser realmente definitivo é o conteúdo da constituição que deve ser capaz de coordenar a política cotidiana (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 53).

²¹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 55.

²¹⁷ Na sua defesa da autoridade da Convenção e da legitimidade da Constituição norte-americana, Madison afirma que se houve eventual excesso dos delegados no rompimento com os Artigos da Confederação, isto não apenas foi justificado como também exigido pelas circunstâncias e os delegados, como depositários da confiança de seu país tiveram de enfrentar esta situação. Ademais, deve-se aceitar a situação ainda que tenha havido violação a compromissos e a poderes ao propor uma constituição, pois o objetivo foi interpretar a opinião e concorrer para o bem-estar do povo (MADISON, James. A autoridade da convenção. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 341-342).

Ainda, em resposta à proposta de Jefferson de alterações constitucionais²¹⁸, Madison enfatizou que a repetição de apelos ao povo pode privar as instituições do respeito que o tempo lhes confere, sem o qual nem mesmo o melhor e mais livre dos governos consegue manter a indispensável estabilidade, bem como afetar o equilíbrio constitucional. Além do mais, há o perigo de se perturbar a tranquilidade do povo, imiscuindo-o na solução de questões passionais em momentos não necessariamente propícios²¹⁹.

Note-se que a defesa da existência de momentos constitucionais superiores e propícios é retomada por Bruce Ackerman na sua argumentação a favor da democracia e da constituição dualista²²⁰. Segundo o autor, “a constituição dualista busca distinguir duas diferentes decisões que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo”²²¹.

De fato, o que caracteriza as decisões tomadas pelo povo - que raramente ocorrem - são as condições constitucionais especiais²²², ao passo que as decisões tomadas pelo governo ocorrem diariamente embora mediante certas condições²²³.

²¹⁸ Não especificamente quanto à substituição da constituição em cada geração, mas sim quanto à proposta de Jefferson de que “sempre que dois dos três ramos do governo concordem, cada um deles pelo voto de dois terços do total dos respectivos membros, em convocar uma convenção para alterar a Constituição ou corrigir suas falhas, tal convenção será convocada para este fim” (MADISON, James. Recurso ao povo em caso de divergência. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 406).

²¹⁹ MADISON, James. **Recurso ao povo em caso de divergência...**, p. 408-409. Com efeito, Madison refuta também as consultas periódicas ao povo (MADISON, James. Recursos periódicos ao povo. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 413-416).

²²⁰ O próprio Ackerman encontra nos artigos dos federalistas a origem de uma concepção dualista da vida política. Uma destas formas de ação política – chamada por Ackerman de política constitucional – caracteriza-se pelos chamados ao bem comum, ratificados por uma massa mobilizada de cidadão. Embora a política constitucional seja a mais alta espécie de política, somente domina a vida da nação em raros períodos de exaltação da consciência política. Durante, os raros períodos de pausa que existem entre estes momentos constitucionais prevalece uma segunda forma de atividade denominada política normal (ACKERMAN, Bruce. Un neofederalismo? In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução: Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999, p.183-185).

²²¹ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

²²² No cenário norte-americano Ackerman aponta três grades momentos em que decisões constitucionais foram tomadas pelo povo: na Convenção da Filadélfia de 1787 que gerou a Constituição, com as Emendas Constitucionais realizadas após a guerra civil de 1865-1870 e no período do *New Deal* (ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano...**, p. 54-55).

Ackerman critica a corrente democrática monista, representada por autores como John Ely e Alexander Bickel, que postula que os vencedores das eleições têm o direito de governar com total autoridade o povo, reputando antidemocráticas todas as verificações institucionais realizadas sobre os vitoriosos. Da mesma forma, refuta os “fundamentalistas de direitos” como Ronald Dworkin na medida em que sustentam a defesa dos direitos acima inclusive da defesa da democracia²²⁴.

A proposta dualista busca satisfazer ambas as perspectivas, tendo em vista que considerar o aspecto superior de determinada legislação tem um valor democrático e liberal tanto nas raras ocasiões em que um novo movimento de massas logra aplicar novos princípios como durante os freqüentes períodos nos quais não ocorre nenhuma transformação constitucional profunda. Assim, quando “la faceta superior queda vacía, el liberal obtiene un seguro; cuando está atestada, el demócrata tiene medios para amplificar la voz del pueblo, de manera que llamará la atención durante largo tiempo”.²²⁵

Para Ackerman, a Constituição Norte-americana coloca a democracia em primeiro plano, mas não da maneira simplista como supõem os monistas. O autor alude à hipótese da Constituição Norte-americana ser alterada para estabelecer o cristianismo como religião nacional e proibir cultos de outra natureza. Desde que esta alteração seja fruto de uma mobilização das massas, não deve ser rejeitada com base na restrição da liberdade de consciência²²⁶.

²²³ Condições tais como prestar contas regularmente, obediência aos procedimentos legalmente estabelecidos, que não ocorra abuso de autoridade (ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano...**, p. 7-8).

²²⁴ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano...**, p. 09-18.

²²⁵ Tradução livre: “a face superior fica vazia, o liberal obtém uma segurança; quando está preenchida, o democrata tem meios para ampliar a voz do povo de maneira que chamará atenção durante um largo período de tempo”. Contudo, Ackerman é claro ao afirmar que não pretende resolver todas as dificuldades provenientes da tensão entre constitucionalismo e democracia. Reconhece que um “privatista perfeito” que exige o direito absoluto de ficar fora da política cada vez que tenha algo melhor para fazer não ficará satisfeito com a concepção dualista, bem como o radical democrata que quer a resolução e todas as questões pelo povo (ACKERMAN, Bruce. **Un neofederalismo?...**, p. 205).

²²⁶ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano...**, p. 18-21. Note-se que Ackerman está tratando especificamente do contexto norte-americano. O próprio autor reconhece que na Alemanha, por exemplo, a situação seria diferente. Na Alemanha, assim como no Brasil, há uma extensa lista de direitos fundamentais que não está sujeita à supressão do texto constitucional. Assim, diante deste ato de preservação, Ackerman afirma que seria absolutamente correto que a Corte constitucional alemã derrubasse a emenda fictícia, o que seria, no entanto, absurdo no contexto estadunidense. Na “América dualista”, isso seria absurdo. Inclusive na redação original da Constituição norte-americana era cláusula pétreia a proibição de emendas que impedissem o comércio de escravos e foi abolida em

No entanto, no âmbito da política cotidiana, as decisões tomadas pelos cidadãos estadunidenses em atos de cidadania devem ser respeitadas²²⁷. E, para Ackerman, o papel do Judiciário é justamente impedir o abuso em nome do povo na política cotidiana, preservando as decisões constitucionais²²⁸.

Portanto, o que se verifica é que Ackerman dá prioridade ao enfoque democrático e defende que se honrem as decisões constitucionais levadas a cabo pela vontade popular superior no exercício da política constitucional. Desta maneira, poder-se-ia justificar a defesa dos direitos fundamentais em face das mudanças legislativas operadas na política cotidiana por serem fruto da vontade popular de nível superior, mas não com base em outro tipo de fundamentação, sem olvidar o poder do povo de sempre realizar um ruptura, enfim, modificar sua opinião.

Todavia, percebe-se que a defesa de momentos constitucionais propícios à tomada de decisões pelo povo soberano não é isenta de críticas pertinentes. Quanto à concepção de Madison, questiona-se “o que faz crer que a Constituição produzida pela Convenção não resulte da mesma política de facções, de interesses pessoais, que para Madison ela deveria limitar?”²²⁹.

Também a teoria de Ackerman se apresenta como discutível em vários pontos. A primeira objeção reside na seguinte indagação: o que leva crer que existam dois níveis de ação política? Embora seja evidente que nem todas as decisões políticas se encontram em um nível idêntico, nada autoriza dizer que existem apenas dois níveis de decisão e não vários. Ainda, não resultam claros quais devem ser os critérios para proteger determinadas decisões constitucionais tendo em vista que pode acontecer de uma decisão ser apoiada universal ou quase universalmente, porém com base em razões contraditórias entre si²³⁰.

1808. Para Ackerman, nos Estados Unidos, diferente da Alemanha, é o povo a fonte dos direitos e a Constituição não determina os direitos que o povo deve estabelecer ou exercer (ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano...**, p. 19-20).

²²⁷ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano...**, p. 08.

²²⁸ ACKERMAN, Bruce. **Un neofederalismo?...**, p. 194.

²²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p.55.

²³⁰ Outra crítica levantada por Gargarella à teoria de Ackerman assenta-se no papel da jurisdição constitucional. Gargarella questiona por que a identificação dos níveis constitucionais deveria ficar a cargo do Judiciário, bem como sugere que não há razões conclusivas para entender que o Judiciário é mais capacitado para proteger as decisões constitucionais (GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno...**, p. 140).

O que se percebe com essa discussão clássica é que um dos desafios mais marcantes e interessantes da teoria constitucional é justamente compatibilizar a intuição a favor de uma constituição relativamente estável que assegura a proteção das liberdades e limita o poder com a intuição a favor do autogoverno²³¹.

Outro ponto a enfatizar é que muitos defendem que o constitucionalismo e a democracia convivem em permanente tensão, sendo que quando se prioriza um enfoque, o outro necessariamente deve ceder. Na síntese de Stephen Holmes, para alguns democratas a constituição aparece como um embaraço, ao passo que para determinados constitucionalistas a democracia é vista como uma ameaça²³².

Nesse sentido, relata também Cláudio Pereira de Souza Neto que autores de diversos matizes defendem a impossibilidade de conciliação entre os valores correspondentes à tradição liberal, que marca o constitucionalismo, e à democrática. De um lado, afirma-se que o exercício da soberania popular tende a suprimir a autonomia privada. De outro, advoga-se que as instituições liberais impedem qualquer transformação profunda na sociedade²³³. Ou seja, que é impossível sequer uma acomodação entre constitucionalismo e democracia, por serem contraditórios.

Ainda, há que se observar que não se trata de uma disputa puramente teórica, pois, no âmbito político e institucional, as teorias que enfatizam uma versão opostora da relação entre constitucionalismo e democracia têm sido influentes e acabam por implicar na opção entre o primeiro e a segunda, promovendo, assim, ou um constitucionalismo incompleto ou uma democracia frágil²³⁴.

Portanto, uma análise de alguns autores que sustentam de forma radical a prevalência das premissas liberais, refutando a acomodação com a democracia é interessante, bem como da vertente oposta. Da mesma forma, é importante analisar as propostas de conciliação que buscam fundamentar a democracia constitucional.

²³¹ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno...**, p. 128.

²³² HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 219.

²³³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa...**, p. 49.

²³⁴ PALOMBELLA, Gianluigi. **Constitución y soberanía: el sentido de la democracia constitucional**. Tradução: José Calvo González. Granada: Comares, 2000, p. 05-06.

2.2 Teorias liberais

2.2.1 Introdução

Embora o liberalismo político e a formulação moderna da democracia tenham nascido “combinados” tanto na prática quanto na teoria, tendo em vista que serviram de suporte para a luta burguesa contra o absolutismo real, existe certa incompatibilidade entre os conceitos que constituem o núcleo de ambas as teorias²³⁵.

Na aceção mais comum dos dois termos, entende-se, primeiramente, por liberalismo a defesa de limites ao poder do Estado, contraposto, portanto, ao Estado absoluto, ao passo que democracia remonta à forma de governo em que o poder não se concentra nas mãos de um só ou de poucos - monarquia e oligarquia, respectivamente - mas de muitos²³⁶.

Tem-se uma clara exposição dessa oposição presente na obra de Benjamin Constant, que distingue liberdade dos antigos e liberdade dos modernos. A liberdade dos antigos realiza-se com a distribuição do poder político entre todos os cidadãos, enquanto a liberdade dos modernos assenta-se na segurança conferida ao âmbito privado²³⁷.

É claro que não se pode analisar a vertente liberal como se todos os seus defensores apresentassem uma defesa homogênea dos conceitos - da mesma forma que não se pode fazer o mesmo com a vertente democrática. Neste momento,

²³⁵ CARRACEDO, José Rubio. **Democracia o representacion?** Poder y legitimidad en Rousseau. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 181.

²³⁶ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, 7-8.

²³⁷ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia...**, p. 8. Para Constant, há uma relação intrínseca entre a liberdade individual e a política, mas reputou que um dos motivos do fracasso do período do Terror revolucionário francês (1793/1794) foi conceder maior participação democrática sem priorizar também por um regime estável a liberdade individual (VIEIRA, José Ribas. Introdução ao pensamento de Benjamin Constant. In: REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. **Princípios políticos constitucionais**. Tradução: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989, p. 50-52). Na obra *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, Constant faz esta distinção entre liberdade dos antigos e dos modernos, porém, também no seu *Princípios políticos constitucionais* o autor refuta a noção de soberania ilimitada – mesmo a do povo – por acarretar riscos à liberdade individual. Para Constant é uma premissa necessária proteger os direitos de liberdade (individual, religiosa, de opinião) que os cidadãos possuem e que são independentes de toda autoridade social ou política (REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. **Princípios políticos constitucionais**. Tradução: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989, p. 61-72).

interessa analisar as propostas que se enquadram no denominado liberalismo político, que não necessariamente exige a defesa do liberalismo econômico, embora isso seja presente em autores como Friedrich August Von Hayek, que será analisado na seqüência.

Com efeito, o liberalismo político relaciona-se com a defesa dos direitos fundamentais e da separação de poderes, mas não exige a defesa do liberalismo econômico que propugna a não intervenção do Estado na esfera econômica²³⁸. E é do liberalismo político que o constitucionalismo clássico é herdeiro²³⁹. Mesmo com a formulação do constitucionalismo social ou sócio-democrático, não se pode ignorar e deixar de reconhecer que a primeira noção de constituição assenta-se na idéia de impor limites ao exercício do poder estatal e assegurar a proteção dos direitos individuais, sendo que esta idéia não foi abandonada, mas sim incorporada na seqüência pelo constitucionalismo social²⁴⁰.

²³⁸ MOUFFE, Chantal. **O regresso do político...**, p. 18, 199. Norberto Bobbio faz uma distinção entre limites dos poderes estatais e limites das funções estatais. Pontua que a doutrina liberal compreende de maneira geral ambos, embora possam ser tratados separadamente, um excluindo o outro. O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto quanto aos seus poderes quanto às suas funções, sendo que a noção corrente que serve para representar a primeira noção é a de Estado de direito e para representar a segunda é a de Estado mínimo. Não obstante o liberalismo possa conceber o Estado tanto como Estado de Direito quanto como Estado mínimo, é possível pensar em um Estado de direito que não seja mínimo como o Estado social contemporâneo. Da mesma forma, pode-se cogitar de um Estado mínimo que não seja Estado de direito. Portanto, enquanto o Estado de direito se contrapõe ao Estado absoluto, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo. (BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia...**, p. 17-18).

²³⁹ Com efeito, o constitucionalismo é concebido justamente como o conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII se dedicaram a recuperar no âmbito da constituição dos modernos a idéia de limites ao poder e de garantia de direitos. As duas propostas centrais do constitucionalismo consistem na imposição de limites ao poder mediante a sua divisão e também da possibilidade de individualizar um limite legal a extensão do poder soberano para garantia e tutela dos direitos dos indivíduos (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución...**, 85-86). No mesmo sentido, Canotilho define constitucionalismo como a teoria que ergue “o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social da comunidade” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição...**, p. 51). Também, Nino analisa vários sentidos do termo constitucionalismo – desde o mais frágil até o mais robusto – mas afirma que, de maneira geral, constitucionalismo remete a noção de governo limitado (NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 15). No mesmo sentido: ELSTER, Jon. **Introducción...**, p. 34; ELSTER, Jon. *Deliberation and constitution making*. In: ELSTER, Joh (org.) **Deliberative democracy**. Nova York: Cambridge University Press, 1998, p. 97.

²⁴⁰ De fato, a ampliação do conteúdo material do Estado de direito (por exemplo, com a consagração dos direitos sociais) não representa um abandono da sua inspiração político-liberal, pois o Estado social se erigiu a partir da crítica ao liberalismo econômico, não ao político. Nestes termos, o Estado de direito contemporâneo abarca o conteúdo social, mas não abandona o político-liberal que está na sua origem (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa...**, p. 39). No mesmo sentido, Vega afirma que a substituição histórica do modelo

2.2.2 As origens do liberalismo político: Locke

Com efeito, um dos pais do liberalismo político²⁴¹ e, também, um dos primeiros a formular no âmbito da teoria política moderna um argumento em defesa do constitucionalismo foi John Locke²⁴². Tendo em conta que o constitucionalismo é tributário e herdeiro do liberalismo político por buscar justamente impor limites à soberania, não há como negar sua dívida também com as teorias formuladas por Locke em *Dois tratados sobre o governo* (1690) que se consubstanciam nos pilares do liberalismo político²⁴³.

Para Locke, a condição natural dos homens remete a um estado em que todos são absolutamente livres para decidir suas ações como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, porém, sem que seja necessário pedir autorização a nenhum outro homem. Para impedir todos os homens de violar os direitos dos outros e se prejudicarem entre si, bem como para fazer com que se respeite o direito natural que ordena a paz e a conservação da humanidade, cabe a cada um assegurar a execução da lei da natureza, o que significa punir aqueles que transgridem com penas suficientes²⁴⁴.

Portanto, no estado de natureza, todos podem punir a todos por qualquer mal que se cometa, tendo em vista que neste estado de perfeita igualdade, onde

abstencionista liberal clássico pelo modelo estatal intervencionista e programador não significou em momento algum que a proteção da liberdade individual e do controle do poder tenham desaparecido como objetivos básicos da organização estatal (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 274).

²⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia...**, p. 12.

²⁴² Apesar de Locke utilizar muitas vezes argumentos da tradição judaico-cristã para fundamentar a igualdade dos indivíduos, verifica-se que estes argumentos são mais uma concessão do que uma fundamentação. O que desempenha papel fundamental no seu jusnaturalismo é a racionalidade inerente ao homem e a capacidade de agir autonomamente. Neste sentido, para que se conheçam as leis da natureza deve-se consultar a razão. Portanto, Locke inaugura o constitucionalismo moderno que se difere do antigo no qual a lei superior resulta da vontade divina ou de um longo processo de decantação e sedimentação histórico (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 34-36).

²⁴³ O primeiro tratado foi concebido para criticar a doutrina dos direitos divinos defendida por Robert Filmer, ao passo que no segundo tratado Locke apresenta sua teoria sobre origem, extensão e fim do governo civil. Para Locke, as pessoas consentem em obedecer aos governantes apenas na medida em que isso proteja e garanta seus direitos individuais (HAYDEN, Patrick. **The philosophy of human rights**. Estados Unidos da América: Paragon, 2001, p. 71). Interessa mais diretamente ao presente trabalho a análise do segundo tratado e é nela que se aterá a presente abordagem.

²⁴⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p.83-85.

naturalmente não há superioridade ou jurisdição de um sobre o outro, o que uma pessoa pode fazer para garantir a observância da lei da natureza todos podem e têm o direito de fazê-lo²⁴⁵.

Contudo, a idéia de cada homem poder executar a lei da natureza, de serem os juizes da suas próprias causas não é razoável, pois, pondera Locke, que a auto-estima torna os homens parciais em relação a si e a seus amigos, bem como a má natureza, a paixão e a vingança podem levá-los a exagerar na punição. A solução para evitar caos, confusão e desordem que o estado de natureza pode acarretar é a instituição do governo civil²⁴⁶. Todavia, os homens só podem se tornar membros de uma sociedade política por seu próprio consentimento²⁴⁷.

Basicamente a nota distintiva da sociedade política ou civil em relação ao estado de natureza em Locke é a existência de um “juiz na terra com autoridade para dirimir todas as controvérsias e reparar todas as injúrias que possam ocorrer a qualquer membro da sociedade civil”²⁴⁸. Portanto, “cada vez que um homem entra na sociedade civil e se torna um membro de uma comunidade civil, renuncia a seu poder de punir ofensas contra a lei da natureza na realização de seu próprio julgamento particular”²⁴⁹.

Assim, verifica-se que os objetivos principais da união dos homens em comunidades e de submissão aos governos consistem na preservação da

²⁴⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 85. Note-se que Locke pondera que embora um homem possa adquirir um poder sobre o outro, não se trata de um poder arbitrário ou absoluto. Presta-se apenas para infligir ao criminoso a pena proporcional a sua transgressão, suficiente para assegurar a reparação e a prevenção.

²⁴⁶ Tendo em vista que no estado de natureza os homens são livres, senhores absolutos de seus bens, questiona-se por que então renunciariam a esta liberdade para sujeitarem-se ao controle de qualquer poder. Locke responde a esta indagação da seguinte maneira: “A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade, nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 156).

²⁴⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 88-90. Aqui se percebe a rejeição de Locke à noção de autoridade monárquica proveniente do direito divino, pois para o teórico os monarcas absolutos são apenas homens e não se pode admitir que tenham o poder de fazer com os súditos o que lhes aprouver sem o menor questionamento ou controle, pois assim seria melhor permanecer no estado de natureza. Portanto, o governo civil deve ser fundamentado no consentimento.

²⁴⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 134.

²⁴⁹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 133.

propriedade²⁵⁰; na segurança conferida pelo estabelecimento de um juiz imparcial e na possibilidade de impor a execução das decisões de forma legal²⁵¹.

Mas note-se que Locke enfatiza bem a condição de livres, iguais e independentes por natureza dos homens que apenas passam a se sujeitar ao poder político mediante seu próprio consentimento²⁵². Uma vez decidido e consentido pelos indivíduos que passarão a formar uma comunidade esta passa a agir como um corpo único, ou seja, tem o poder de agir segundo a vontade e a determinação da maioria²⁵³.

Com efeito, como o grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade sem riscos, há que se estabelecer um instrumento para tanto que Locke identifica com a previsão de leis nesta sociedade. Para Locke, a primeira lei positiva de todas as comunidades políticas consiste no estabelecimento do poder legislativo. No entanto, o próprio poder legislativo deve obediência à primeira lei natural fundamental que é a preservação da sociedade e de todas as pessoas que nela se encontram²⁵⁴.

O que Locke refuta é a noção de poder absoluto. O poder legislativo é supremo enquanto subsiste o governo, pois a comunidade tem sempre o poder de se salvaguardar contra todas as tentativas e intenções de quem quer que seja²⁵⁵. Ademais, a negação de um poder absoluto leva à divisão dos poderes (legislativo, executivo e federativo) que consiste em um dos pilares do constitucionalismo²⁵⁶.

²⁵⁰ Observe-se que Locke utiliza a expressão propriedade para designar a vida, liberdades e bens das pessoas (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p.156).

²⁵¹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 156-158.

²⁵² Há que se analisar em que condições a declaração pela qual o indivíduo faz conhecer seu consentimento será considerada suficiente para sujeitá-lo às leis de um governo qualquer. Nestes termos, Locke remete à distinção entre consentimento expresso e tácito. Não se questiona que o consentimento expresso manifestado por qualquer homem faz dele um membro da sociedade. A dificuldade consiste em determinar em que caso é preciso admitir o consentimento tácito e até que ponto este obriga. Para Locke, qualquer homem que tenha qualquer posse ou desfrute de qualquer parte dos domínios de qualquer governo manifesta seu consentimento tácito e, enquanto permanecer nesta situação, é obrigado a obedecer as leis daquele governo (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 153-154).

²⁵³ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 139.

²⁵⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 162.

²⁵⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 173-174.

²⁵⁶ Locke afirma que o legislativo não é o único poder da comunidade social, mas sustenta que se trata de um poder sagrado e inalterável, pois nenhum edito, seja quem for o autor, tem a força e a obrigação de uma lei, a menos que tenha sido sancionado pelo poder legislativo que o público escolheu e nomeou. O poder legislativo poder ser confiado a uma ou mais pessoas, bem como ser

Desse modo, mesmo considerando o poder legislativo como supremo²⁵⁷, Locke aponta que não pode ser exercido de maneira arbitrária sobre as vidas e sobre as fortunas das pessoas até porque não tem outra finalidade senão a preservação da humanidade (o que reflete a lei fundamental da natureza), não a destruição, escravização ou empobrecimento das pessoas²⁵⁸.

Na formulação de Locke o poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo e, portanto, outra limitação apontada consiste na impossibilidade do legislativo arrogar para si um poder de governar por meio de decretos arbitrários e improvisados²⁵⁹.

Em terceiro lugar, Locke assevera que o poder supremo não pode tirar de nenhum homem qualquer parte de sua propriedade sem o seu próprio consentimento sob pena de contradizer também a finalidade do governo. Mesmo que se reconheça a possibilidade dos governos instituírem encargos, estes devem ser consentidos pela maioria por manifestação direta ou pela intermediação de representantes²⁶⁰.

Por fim, Locke aponta que o poder legislativo não pode transferir para quaisquer outras mãos o poder de legislar, pois detém apenas um poder que o povo lhe delegou e não pode transmiti-lo. Apenas o povo pode estabelecer a forma de

permanente ou intermitente, embora não se recomende que seja permanente. Além do poder legislativo, Locke aponta para a necessidade do poder executivo, que deve ter existência contínua para garantir a execução das leis. Também arrola como poder o federativo que tem competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças e todas as transações com as pessoas e as comunidades que estão fora da comunidade civil. Considera ainda que embora os poderes executivo e federativo sejam distintos, dificilmente devem ser separados e colocados em mãos de pessoas distintas, pois ambos requerem a força da sociedade para seu exercício (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 162-163, 170-172). Não obstante a divisão dos poderes, no capítulo sobre a hierarquia dos poderes na sociedade civil, Locke assenta que o poder supremo é o legislativo, mas que como é um poder fiduciário e se limita a certos fins, o povo sempre poderá destituí-lo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 173-174).

²⁵⁷ Há que se observar que mesmo que Locke defina o legislativo como supremo, esta supremacia é limitada àquilo que lhe foi devidamente confiado. Como ninguém tem de acordo com as leis da natureza o direito de dispor de sua própria vida e da vida e da propriedade dos demais, não se pode transferir este poder ao legislativo. Trata-se, portanto, de um poder delegado e, neste sentido, Locke já aponta para uma teoria constitucional que diferenciará poder constituinte soberano do povo de poder constituído (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p.37-38).

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 164).

²⁵⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 163-164.

²⁵⁹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 166-167.

²⁶⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 167-168.

comunidade social, instituindo o poder legislativo e designando aqueles que devem exercê-lo²⁶¹.

Portanto, para Locke, o poder legislativo é em si mesmo limitado, pois não gera os direitos já existentes no estado de natureza, mas apenas aperfeiçoa sua tutela. Então, o poder legislativo não pode dispor de maneira arbitrária sobre a vida e sobre os bens dos indivíduos²⁶².

Assim, tem-se que a relevância de Locke para o constitucionalismo está no fato de ter sido o primeiro a formular no âmbito da constituição dos modernos a distinção entre poder absoluto e moderado²⁶³. Ademais, embora Locke não tenha dedicado ao estudo da constituição em si, é possível retirar da sua obra a defesa de limitações aos poderes constituídos – inclusive ao legislativo que Locke define como supremo – provenientes do direito natural que abstratamente antecede o próprio Estado²⁶⁴.

2.2.3 A negação da democracia ilimitada: Hayek

Se Locke é representante clássico do pensamento liberal, o autor que representa uma defesa contemporânea e marcante do liberalismo - político e econômico – é Friedrich August Von Hayek pelo fato de ter conferido ênfase na obra *Os fundamentos da liberdade* ao caráter auto-destrutivo de uma democracia constitucionalmente ilimitada²⁶⁵.

²⁶¹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 168.

²⁶² FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución...**, p. 91.

²⁶³ Observe-se que os limites do poder legislativo não se referem apenas aos direitos naturais, mas também se referem à posição que o poder legislativo assume no âmbito da forma de governo. Locke considera incompatível com uma sociedade política bem ordenada não apenas a monarquia absoluta, mas também a situação em que apenas uma assembléia opera estavelmente, o que propicia a perigosa confusão entre legislativo e executivo. Portanto, o poder absoluto é aquele em que um único sujeito, seja o rei ou a assembléia, tem o poder legislativo e executivo e o poder moderado consiste naquele em que os dois poderes são distintos e pertencem a dois titulares também distintos (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución...**, p. 92-93)..

²⁶⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p.34.

²⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia...**, p. 87; HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 218.

Com efeito, já na obra *O caminho da servidão*²⁶⁶, Hayek trata da questão dos limites à democracia no capítulo intitulado *Planificação e democracia*. O autor defende a liberdade e não a democracia como valor máximo. Questiona o fato de ter sido concentrada a atenção na democracia, pois isso é perigoso na medida em que fundamenta a crença ilusória e infundada de que enquanto a vontade da maioria for a fonte suprema do poder este não poderá ser arbitrário.

Para Hayek essa afirmação pressupõe uma falsa relação de causa e efeito, pois não é a fonte do poder, mas sim a limitação do poder que impede a sua arbitrariedade. O controle democrático pode impedir que o poder se torne arbitrário, mas a sua mera existência não assegura isso²⁶⁷.

Ainda, enfatiza que não se pode dizer da democracia o que se diz da liberdade, ou seja, que é o próprio e supremo objetivo político. A democracia é, em essência, um meio, um instrumento para salvaguardar a paz interna e a liberdade individual²⁶⁸.

Mas é na obra *Os Fundamentos da Liberdade* que Hayek concentra seus esforços para reafirmar os ideais de liberdade que inspiraram a moderna civilização ocidental. Hayek reputa existir um amplo consenso no ocidente com relação a estes valores fundamentais e sustenta que, além da liberdade ser um valor específico, é também a fonte e a condição essencial da maioria dos valores morais²⁶⁹.

Hayek não considera que a liberdade seja um estado natural, mas um produto da civilização²⁷⁰ e a define como o estado no qual o homem não se encontra sujeito à coerção proveniente da vontade arbitrária de outrem²⁷¹. A partir desta definição, é

²⁶⁶ HAYEK, Friedrich August Von. **O caminho da servidão**. Tradução: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Expressão e cultura (Instituto liberal), 1987, p. 74-85. Trata-se de livro escrito entre os anos de 1940 e 1943, no qual Hayek procurou não se ocupar apenas de problemas de teoria econômica, mas também de questões políticas. O próprio autor afirma no prefácio da edição inglesa (1976) que o livro é essencial para introduzir a sua linha de pensamento, posteriormente desenvolvida de forma mais técnica em *Os fundamentos da liberdade* (1960) e *Direito, Legislação e Liberdade* (1973-1979).

²⁶⁷ HAYEK, Friedrich August Von. **O caminho da servidão...**, p. 84.

²⁶⁸ HAYEK, Friedrich August Von. **O caminho da servidão...**, p. 83.

²⁶⁹ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**. Tradução: Ana Maria Capovilla; José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983, p. XXXII-XXXVIII.

²⁷⁰ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 54.

²⁷¹ Note-se que para Hayek a liberdade ou a falta de liberdade dos indivíduos não depende da gama de escolhas, mas sim da possibilidade de determinar sua conduta de acordo com suas pretensões correntes. Nestes termos, a liberdade pressupõe que o indivíduo tenha assegurado uma

possível visualizar o estado ao qual se almeja que sociedade se aproxime, embora, seja difícil a sua realização com perfeição. Assim, a tarefa da política de liberdade consiste em minimizar a coerção ou seus efeitos negativos²⁷².

Tendo em vista seu conceito de liberdade, Hayek o contrapõe ao de liberdade política que significa a participação dos homens na escolha de seu governo, no processo administrativo e no controle da administração. Segundo o autor, escolher o próprio governo não significa necessariamente assegurar a liberdade, pois embora os conceitos se aproximem não se identificam²⁷³.

A liberdade para Hayek também não se identifica com a acepção de liberdade interior ou metafísica que, por sua vez, se refere à possibilidade de uma pessoa pautar suas ações em sua própria vontade e consciência e não por circunstâncias ou impulsos momentâneos. O oposto de liberdade interior não é a coerção, mas a influência de emoções temporárias ou a fraqueza moral ou intelectual²⁷⁴.

Por fim, Hayek contrapõe seu conceito de liberdade com o de poder que consiste na possibilidade física de fazer o que quer. Para o autor, confundir liberdade enquanto poder com liberdade no seu sentido original conduz à identificação da liberdade com a riqueza o que acaba por determinar uma redistribuição compulsória de bens com fundamento na liberdade²⁷⁵.

Mas, para Hayek a “liberdade não implica a posse de todos os bens ou a ausência de dificuldades”. No sentido em que o autor emprega a palavra, “o mendigo sem vintém que leva uma vida precária, baseado na constante improvisação é realmente mais livre que o conscrito com toda sua segurança e relativo conforto”²⁷⁶.

Portanto, a liberdade que Hayek defende remete apenas a ausência de coerção. Contudo, reconhece que a coerção não pode ser totalmente evitada porque

esfera privada, que exista certo conjunto de circunstâncias nas quais os outros não possam interferir (HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 06).

²⁷² HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 05.

²⁷³ Hayek inclusive cogita que a liberdade política levou algumas vezes as pessoas a preferir um déspota de sua própria raça a um governo liberal de maioria estrangeira e isso acarretou violentas restrições à liberdade individual dos membros das minorias (HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 09).

²⁷⁴ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 09

²⁷⁵ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 11-13.

²⁷⁶ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 14.

a única maneira de impedi-la é pela própria ameaça de coerção. Desta forma, a sociedade livre resolve este problema ao conferir o monopólio da coerção ao Estado, que, por seu turno, exerce este poder de forma limitada, apenas nas circunstâncias em que é necessário impedir a coerção exercida pelos indivíduos²⁷⁷.

Quanto ao liberalismo e a democracia, Hayek afirma que o único ponto de convergência do liberalismo tradicional e do movimento democrático consiste no pressuposto de que “a igualdade perante a lei gera a exigência de que todos os homens tenham também a mesma participação na elaboração das leis”²⁷⁸.

Entretanto, o autor assenta que as duas correntes de pensamento buscam objetivos bastante distintos, sendo que esta contraposição goza inclusive de um consenso amplo²⁷⁹. O liberal clássico visa, sobretudo, limitar os poderes coercitivos de todos os governos, democráticos ou não, ao passo que o democrata dogmático só reconhece um limite para os governos que é a opinião corrente da maioria²⁸⁰.

Nesses termos, a democracia como método de governo, como governo da maioria, refere-se a uma concepção diferente do liberalismo. O liberalismo é a doutrina que define as características da lei e a democracia é a doutrina que define o método pelo qual se aprovarão as leis²⁸¹.

O liberalismo pode considerar desejável que seja lei somente aquilo que é aceito pela maioria, mas não afirma que apenas por isso a lei será verdadeira e boa. Objetiva, de fato, persuadir a maioria a observar certos princípios e aceita o governo da maioria como um método para a tomada de decisões²⁸². No entanto, para o democrata dogmático o fato de que a maioria queira algo já é razão suficiente para

²⁷⁷ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 17.

²⁷⁸ Ainda, como Hayek considera equivocado atribuir à palavra liberdade o sentido de liberdade política, reputa equivocado identificar democracia com liberalismo (HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 111-112).

²⁷⁹ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 112.

²⁸⁰ A diferença entre os dois ideais se torna mais clara quando se define seus opostos: o oposto de democracia é governo autoritário e o de liberalismo é totalitarismo. Nenhum dos dois sistemas excluiu necessariamente o oposto do outro: a democracia pode exercer poderes totalitários e um governo autoritário pode agir com base em princípios liberais (HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 110).

²⁸¹ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 112.

²⁸² HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 112.

que este objetivo seja considerado bom. A vontade da maioria determina não apenas o que é lei, mas também o que é boa lei²⁸³.

Na formulação de Hayek a democracia não diz respeito aos objetivos do governo. Aliás, o autor considera que o uso indiscriminado do termo democracia é arriscado quando sugere que esta é inerentemente boa. Embora a democracia possa consistir no melhor método para consecução de certos fins²⁸⁴, não se pode afirmar que se trata de um fim em si mesmo, de um valor²⁸⁵.

Ainda, Hayek considera que teoria da democracia é falha pelo fato de ter sido elaborada a partir de uma comunidade homogênea e ideal e haver sido aplicada na prática às imperfeitas unidades que constituem os Estado existentes²⁸⁶.

Ademais, Hayek não aceita que a autoridade de uma decisão derive do mero ato de vontade de uma maioria momentânea²⁸⁷, pois deve se respaldar também em princípios que são frutos de um consenso mais amplo²⁸⁸. Nestes termos, mesmo que seja do interesse mais imediato da maioria violar certos princípios, não poderá fazê-lo até porque são estes princípios que caracterizam um agrupamento como comunidade, tratando-se, além do mais, de condição indispensável para uma sociedade livre²⁸⁹.

Para Hayek não há razões para atribuir às decisões da maioria a sabedoria superior, pois quando estas decisões não são pautadas e limitadas por princípios comuns tendem a produzir resultados gerais não desejados. Reputa que o ponto mais importante da tese liberal consiste na idéia de que desprezar a limitação do

²⁸³ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 112.

²⁸⁴ Hayek não nega que a democracia seja um bom método. Aponta inclusive três argumentos a partir dos quais é possível justificar a democracia. O primeiro assenta-se no seguinte: quando se faz necessário que prevaleça uma entre várias opiniões discordantes sempre causa menos dano levar em conta qual das opiniões tem maior apoio pela contagem numérica. Segundo, a democracia representa uma garantia da liberdade individual, trata-se da forma de governo com mais probabilidade de gerar a liberdade. O terceiro argumento se fundamenta na possibilidade das instituições democráticas promoverem maior entendimento dos assuntos públicos pela população por demandar maior participação que os outros regimes (HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 117-118).

²⁸⁵ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 115.

²⁸⁶ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 114.

²⁸⁷ Inclusive, reputa que a democracia, originariamente concebida para coibir todo poder arbitrário, pode justificar uma nova forma de poder arbitrário da maioria caso não se aceite os limites do liberalismo (HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 115).

²⁸⁸ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 119.

²⁸⁹ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 116.

poder, inclusive democrático, pode levar a destruição não só da prosperidade e da paz, mas também da própria democracia²⁹⁰.

Nas conclusões de Hayek estabelece-se que o liberal clássico acaba sendo muito mais amigo da democracia do que o democrata dogmático porque está preocupado em preservar as condições de liberdade que tornam o método democrático exeqüível. Para que a democracia sobreviva deve reconhecer que não é a fonte da justiça e que precisa acatar uma concepção de justiça que não se manifesta necessariamente na opinião popular sobre questões específicas. O perigo, segundo Hayek, está em confundir um meio para garantir a justiça com a justiça em si²⁹¹.

Portanto, em Hayek nota-se a defesa do valor intrínseco da liberdade individual e a sustentação da democracia unicamente como um valor instrumental. Segundo Bobbio, o pensamento de Hayek pode ser considerado a *summa* da doutrina liberal contemporânea e representa também a confirmação do núcleo originário do liberalismo clássico: uma teoria dos limites do poder estatal derivados de direitos individuais que precedem à formação do poder político²⁹².

2.3 Teorias democráticas

2.3.1 Introdução

Uma análise pormenorizada de todas as teorias que podem ser definidas como democráticas por conferirem ênfase à noção de governo do povo demanda um trabalho específico^{293 294}. Portanto, apenas para demonstrar como se dá uma defesa

²⁹⁰ O autor exemplifica a questão da seguinte forma: governos que se proclamam desvinculados de princípios gerais e se julgam capazes de decidir cada questão com base em seus próprios méritos, frequentemente, acabam tendo que observar princípios que não adotariam e seguir linhas de ação que não imaginavam. Ainda, certos governos que de início declaram pretender controlar todos os assuntos, vêem-se vinculados às necessidades criadas por suas ações anteriores (HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 122).

²⁹¹ HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade...**, p. 128.

²⁹² BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia...**, p. 88-89.

²⁹³ Com efeito, Bobbio esclarece que se o liberalismo é moderno, a democracia é antiga, tendo em vista que já no pensamento grego a democracia é apontada como uma das formas de governo. Contudo, mesmo com o transcorrer dos séculos e com todas as discussões que se travaram em torno da diversidade da democracia dos antigos em relação à democracia dos modernos, o

dos postulados democráticos em oposição às premissas liberais, analisar-se-ão apenas dois autores que comungam de certa forma desta visão: o primeiro, Jean-Jacques Rousseau, responsável por uma defesa precursora da democracia moderna e segundo, Antonio Negri, que apresenta uma teoria democrática contemporânea contraposta ao liberalismo e também bastante peculiar.

significado descritivo geral do termo não foi alterado (governo do povo). O que se considera que foi alterado na passagem da democracia dos antigos à democracia dos modernos não é o titular do poder político, mas o modo (mais ou menos amplo) com que os cidadãos exercem o direito de tomar as decisões coletivas (BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia...**, p. 32).

²⁹⁴ Uma análise de alguns modelos de democracia pode ser encontrada no trabalho de Jürgen Habermas intitulado exatamente "*Tres modelos de democracia: sobre el concepto de una política deliberativa*". Neste artigo, Habermas contrapõe o modelo republicano de democracia com o modelo liberal, bem como apresenta sua proposta deliberativa. Para estabelecer a primeira distinção, parte de três premissas: o conceito de cidadão, o conceito de direito e a natureza do processo político. Com efeito, a diferença decisiva entre as concepções assenta-se na compreensão do papel do processo democrático. Nos termos da concepção liberal, o processo democrático tem a função de programar o Estado com base no interesse da sociedade, sendo que o Estado identifica-se com o aparato da administração pública e a sociedade com um sistema de tráfego de pessoas privadas e seu trabalho é estruturado em termos de economia de mercado. A política restringe-se a imposição dos interesses sociais privados frente ao aparato estatal. Já a concepção republicana propugna que a política não tenha a mera função de mediação, mas sim que seja um elemento constitutivo do processo social em conjunto. Assim, com base nesta distinta valorização do processo político, a concepção liberal define o cidadão a partir de seus direitos subjetivos que tem contra o Estado, ao passo que a republicana o define a partir da noção de liberdades positivas que englobam a participação e a comunicação política. Quanto ao conceito de direito, nos termos da proposta liberal tem o sentido de ordem jurídica que permite decidir em cada caso particular que direito tem cada indivíduo. Para a concepção republicana, a ordem objetiva deve possibilitar a integridade de uma convivência baseada na igualdade, na autonomia e no respeito recíproco. Por fim, para a concepção liberal o processo político é em essência uma luta por posições que asseguram a capacidade de dispor do poder administrativo, ou seja, segue um modelo de mercado. Mas, para o republicanismo o paradigma é o diálogo, pois o processo político visa à comunicação pública orientada para o entendimento. Habermas aponta equívocos em ambos os modelos, como, por exemplo, o fato do republicano ser demasiado idealista. A sua proposta se apóia nas condições de comunicação sob as quais o processo político pode ter a seu favor a presunção de gerar resultados racionais porque se efetua no modo da política deliberativa. Em síntese, a sua teoria associa ao processo democrático conotações mais fortes que o modelo liberal, porém mais frágeis que o modelo republicano, mas toma de ambas as partes elementos. Da mesma forma que o modelo republicano concebe como central o processo político da formação da opinião e da vontade comum, porém não entende como secundária a estruturação nos termos do Estado de direito. Não faz com que a realização de uma política deliberativa dependa de uma cidadania coletivamente capaz de ação, mas sim da institucionalização dos procedimentos. Não opera com o conceito de um todo social centrado no Estado e tampouco localiza neste todo um sistema de normas constitucionais que regulem o equilíbrio de poderes. Supera a filosofia da consciência, mas como a vertente liberal propugna que se respeitem os limites entre Estado e sociedade (HABERMAS, Jürgen. *Tres modelos de democracia: sobre el concepto de una política deliberativa*. **Revista de la Universidad Bolivariana**. Tradução: Manuel Jiménez Redondo, vol. IV, n. 10, 2005, p. 113-122).

2.3.2 A democracia moderna: Rousseau

Com efeito, o marco teórico clássico da democracia moderna consiste na obra *Contrato social* de Jean-Jacques Rousseau, publicada em 1762²⁹⁵. Nesta obra, Rousseau formula a noção de que o poder soberano reside no povo e sustenta a necessidade da presença contínua do povo soberano²⁹⁶.

Rousseau parte da idéia de que o único pacto admissível é o que se determina entre os indivíduos que dão vida ao corpo político principalmente porque nenhum homem possui uma autoridade natural em seu semblante e porque a força não pode produzir direito algum²⁹⁷. Assim, afirma-se que as convenções são a base de toda autoridade legítima entre os homens²⁹⁸.

Por meio desse pacto, os indivíduos renunciam à liberdade natural, mas adquirem a liberdade civil consistente na garantia de serem governados por uma lei geral, fruto da totalidade do corpo soberano²⁹⁹. Portanto, com a passagem do estado

²⁹⁵ Na obra *Do contrato social*, Rousseau buscou basicamente explicar porque se aceita a autoridade. Na linha contratualista, Rousseau defendeu a idéia do contrato social para demonstrar como a sociedade pode ser formada fora da estrutura de dominação involuntária por meio da democracia (HAYDEN, Patrick. **The philosophy of human rights**. Estados Unidos da América: Paragon, 2001, p. 80-81). Maurizio Fioravanti relata que o escândalo foi grande quando da publicação desta obra tendo em vista a afronta que significava à concepção absolutista de soberania, atribuída, agora, diretamente ao povo (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución...**, p. 82).

²⁹⁶ A Rousseau atribui-se o mérito de ser o fundador da moderna teoria da legitimidade política, ou, mais especificamente, da legitimidade democrática do poder estatal como única fonte da obrigação civil. Para Rousseau, a autoridade apenas pode se sustentar com base em uma convenção. Para que o poder estatal seja legítimo deve cumprir certas condições estruturais democráticas. Para uma análise da legitimidade do poder estatal na obra de Rousseau: CARRACEDO, José Rubio. **Democracia o representacion?**, p. 113-117.

²⁹⁷ No capítulo V da obra *Do contrato social*, Rousseau observa que “haverá sempre uma grande diferença entre sujeitar uma multidão e governar uma sociedade”, pois “que os homens esparsos sejam sucessivamente subjugados por um só, não vejo senão um senhor e escravos e não um povo e seu chefe; se se vê uma agregação, mas não uma associação, não existe ali nem bem público, nem corpo político”. Para Rousseau a própria sujeição de povo é um ato civil que pressupõe uma deliberação pública (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios de direito político**. Tradução: J. Cretella Jr; Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29).

²⁹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social...**, p. 25. Jose Rubio Carracedo expõe que essa obsessão de Rousseau pela legitimidade denota uma reação ao realismo político, que, por ser excessiva e unilateral, acaba por empobrecer um pouco a teoria política de Rousseau, tendo em vista que não lhe permitiu desenvolver outros temas de forma mais aprofundada. Ainda, a dialética soberania-governo sobre a qual se centra a questão da legitimidade política dificulta a Rousseau o desenho de órgãos intermediários de poder institucional que aparecem apenas de forma embrionária na obra *Do contrato social* (CARRACEDO, José Rubio. **Democracia o representacion?**, p. 115).

²⁹⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución...**, p. 83. No capítulo VI, Rousseau assenta que o contrato social se presta a encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual um se une a todos, obedecendo só a si

da natureza para o estado civil ocorre uma mudança muito marcante para o homem: perde a liberdade natural caracterizada pela ausência de limites – exceto as forças do indivíduo - e ganha a liberdade civil que é limitada, mas pela vontade geral³⁰⁰.

Apenas a vontade geral pode dirigir as forças do Estado, que, ademais, tem como finalidade o bem comum. Portanto, “é unicamente nesse interesse comum que a sociedade deve ser governada”³⁰¹. Ainda, a soberania, que se caracteriza por ser o exercício da vontade geral, não pode jamais ser alienada. O povo não pode prometer simplesmente obedecer, pois assim perde a qualidade de povo³⁰².

A defesa da necessária presença do povo soberano teve como propósito impedir que a lei que sancionou o fim de todo domínio de caráter pessoal e particular escapasse das mãos do povo soberano³⁰³. Ou seja, era uma questão a ser enfrentada a de como garantir a integridade desta lei e impedir que se reintroduzissem elementos de caráter particular e pessoal que corrompessem seu caráter geral. A solução de Rousseau assenta-se na presença necessária do povo soberano³⁰⁴.

mesmo, pois permanece tão livre quanto antes (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social...**, p. 31).

³⁰⁰ Note-se, porém, que para Rousseau a vontade geral não significa unanimidade. Para que se caracterize como vontade geral é necessário que todas as vozes sejam contadas, mas não é necessário unanimidade, pois o que quebra a generalidade é a exclusão formal (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social...**, p. 37, 47).

³⁰¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social...**, p. 45.

³⁰² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social...**, p. 46.

³⁰³ Portanto, um dos traços característicos da teoria política de Rousseau consiste em que os cidadãos nunca ficam em relação de dependência com o governo, mas sempre atuam como juízes. Entretanto, este enfoque democrático radical fez com que frequentemente se acusasse Rousseau de defender um totalitarismo democrático. Trata-se de uma discussão corrente na doutrina, mas que aqui não será desenvolvida. Sobre o tema, Carracedo afirma que, não obstante a teoria de Rousseau apresentar aberturas para estratégias totalitárias, há que se observar que Rousseau teve a preocupação de evitar o perigo de alienar o poder e os direitos dos cidadãos no âmbito estatal (CARRACEDO, José Rubio. **Democracia o representacion?**, p. 124). Da mesma forma, Bobbio afirma que Rousseau não desconhecia a necessidade de limites ao governo (mesmo que de origem democrática), o que Rousseau não aceitava era a imposição de limites pré-constituídos (BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia...**, p. 9).

³⁰⁴ Nesse sentido, Rousseau afirma que a não é suficiente que o povo reunido tenha certa vez fixado a constituição do Estado, sancionando um corpo de leis. Além das assembléias extraordinárias que casos imprevistos podem exigir, é necessário que se fixem assembléias periódicas convocando a manifestação do povo (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social...**, p. 120).

Então, pode-se afirmar que os governantes passam a ser vistos como os que poderiam se aproveitar da posição de autoridade constituída para por a lei a serviço de sua própria vontade³⁰⁵.

Por isso, o governo deveria ser limitado e o povo soberano conservar a possibilidade de retomar o que havia delegado parcial e temporalmente aos governantes, sem que fosse possível a oposição de “leis fundamentais” de qualquer espécie. Em outros termos, “os depositários do poder executivo não são os senhores do povo, mas seus agentes, que ele pode estabelecê-los e destituí-los quando lhe agradar”³⁰⁶.

Nas teorizações de Rousseau, não existe nem pode existir qualquer espécie de lei fundamental que se imponha de forma irrevogável para o corpo do povo soberano³⁰⁷.

Conforme pondera Maurizio Fioravanti, em Rousseau a constituição não é um limite ou uma garantia, pois está totalmente absorvida pela soberania do povo. Nestes termos, para Rousseau a única lei fundamental é a que obriga a preservar a integridade do poder soberano. O conceito mesmo de constituição tem espaço bem reduzido na obra de Rousseau e opera apenas no âmbito do governo, dos poderes derivados e subordinados, não do legislador soberano, que pode a qualquer momento revogar o ordenamento constituído³⁰⁸.

³⁰⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución...**, p. 84.

³⁰⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social...**, p. 132. Na teoria de Rousseau, o corpo político tem dois móveis, o poder legislativo e o poder executivo. O poder legislativo pertence ao povo e só pode pertencer a este, ao passo que o poder executivo não pode pertencer à generalidade (ao legislador ou soberano), porque este poder pratica atos concretos que não têm a elasticidade da lei. Mas, é necessário para a força política que exista um agente próprio que a reúna e empregue conforme as diretrizes da vontade geral e é isso que é no Estado a razão do governo, confundido, erradamente, com o soberano, de quem é apenas ministro. Portanto, para Rousseau o governo é um corpo intermediário, estabelecido entre os súditos e o soberano, que se encarrega da execução das leis e da manutenção da liberdade (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social...**, p. 81-82).

³⁰⁷ Para Rousseau, não há no Estado nenhuma lei fundamental que não se possa revogar, nem mesmo os pactos sociais, pois se todos os cidadãos se reúnem para romper de comum acordo o pacto não se pode questionar que este não tenha sido legitimamente rompido. No capítulo VII, Rousseau afirma que a deliberação pública pode obrigar todos os súditos em relação ao soberano, mas não pode obrigar o soberano em relação a si mesmo. É contra a natureza do corpo político que o soberano se imponha uma lei que não possa infringir. Assim, não há nem pode haver para Rousseau nenhuma espécie de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem mesmo o contrato social (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social...**, p. 34, 133).

³⁰⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución...**, p. 85.

Portanto, tem-se em Rousseau a defesa incisiva de um modelo de democracia direta e participativa - embora na época de transição em que o autor escreveu o modelo representativo de Sieyès tenha logrado uma adaptação mais cômoda³⁰⁹ - bem como a negação de qualquer limite pré-constituído ao nascimento do Estado como propugna o jusnaturalismo que embasou o Estado liberal³¹⁰.

2.3.3 O constitucionalismo em xeque: Negri

Uma defesa contemporânea da democracia como um procedimento absoluto que se opõe diretamente às “amarras do liberalismo” pode ser encontrada na obra *O poder constituinte* de Antonio Negri.

O título do primeiro capítulo já indica o caminho que Negri percorre na obra “Poder constituinte: o conceito de uma crise”. Com efeito, para o autor “falar de poder constituinte é falar de democracia”³¹¹ e, assim, a tarefa de qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte consiste em última análise em regular a própria política democrática.

Uma característica da proposta constitucionalista e liberal é idéia de submeter à democracia às limitações institucionais. Contudo, Negri enfatiza que a democracia é justamente a teoria do governo absoluto e, portanto, resiste à constitucionalização³¹².

Para compreender o conceito de poder constituinte na radicalidade de seu fundamento e na extensão de seus efeitos, Negri examina primeiro a definição da ciência jurídica de poder constituinte e também especificamente a do constitucionalismo³¹³.

No âmbito da ciência jurídica, define-se poder constituinte como a fonte de produção das normas constitucionais, como o poder de instaurar um novo

³⁰⁹ Não obstante, Carracedo defende que se retomem algumas noções presentes em Rousseau na atualidade para implementar uma democracia participativa, tendo em vista que na realidade ocidental presente os sistemas democráticos já estão enraizados e o desenvolvimento econômico, político, cultural e tecnológico confere uma nova viabilidade aos modelos democráticos avançados (CARRACEDO, José Rubio. **Democracia o representacion?**, p.176).

³¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia...**, p. 9

³¹¹ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte...**,p. 7.

³¹² NEGRI, Antonio. **O poder constituinte...**,p. 8.

³¹³ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte...**,p. 8.

ordenamento jurídico. Assim, o poder constituinte é “um poder que surge do nada e organiza todo o direito”³¹⁴, mas ao mesmo tempo em que é assim definido há todo um esforço da ciência jurídica de estabelecer limites ao poder constituinte.

A primeira atitude da ciência jurídica é deter em categorias jurídicas o tempo do poder constituinte, transformando-o em um poder extraordinário. Como além de onipotente, o poder constituinte também é expansivo, pois seu caráter ilimitado é temporal e espacial, a ciência jurídica propõe-se também a reduzi-lo à mera norma de produção do direito³¹⁵.

Negri aponta que caso se observe o problema sobre o ângulo do direito subjetivo, a crise torna-se mais patente, pois as características de originariedade e inalienabilidade do poder constituinte são dissolvidas, bem como é suprimido o nexo que entre poder constituinte e resistência na medida em que o poder constituinte é absorvido pelo conceito de nação e pela máquina da representação. Então, “o caráter ilimitado da expressão constituinte é limitado na sua gênese, porquanto submetido às regras e à extensão relativa do sufrágio; no seu funcionamento, porquanto submetido às regras parlamentares”³¹⁶.

Dessa forma, verifica-se que a ciência jurídica, na tentativa de evitar a eliminação teórica do poder constituinte, apresenta três propostas para interpretá-lo³¹⁷: a) a primeira consiste em considerar o poder constituinte como transcendente face ao sistema do poder constituído³¹⁸; b) a segunda propõe que se trate o poder

³¹⁴ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte...**,p. 9.

³¹⁵ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte...**,p. 9-10.

³¹⁶ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte...**,p. 11.

³¹⁷ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte...**,p. 12.

³¹⁸ Nos termos dessa proposta, o poder constituinte é tido como um fato que precede o ordenamento constitucional, mas que depois se lhe opõe tendo em conta que permanece historicamente externo. Trata-se da posição tradicional presente na escola de direito publico alemão que tem como representante Georg Jellinek.

constituente como imanente, tendo em vista que sua presença é íntima ao sistema³¹⁹ e c) a terceira trata o poder constituinte como fonte integrada do sistema positivo³²⁰.

Contudo, Negri questiona essas concepções por deixarem de lado o caráter originário e libertador do poder constituinte, bem como a referência íntima e contínua do poder constituinte à democracia. Para o autor, as propostas da ciência jurídica visam neutralizar a força democrática, reduzir o seu sentido, pois “transcendente, imanente ou coextensiva, a relação que a ciência jurídica (e, por meio dela o ordenamento constituído) quer impor ao poder constituinte atua de modo a neutralizá-lo, a mistificá-lo, ou melhor, a esvaziá-lo de sentido”³²¹.

Concluindo pelo caráter insolúvel do problema do poder constituinte no âmbito da ciência jurídica, Negri passa a analisá-lo a partir do enfoque constitucionalista. Para o autor, na perspectiva constitucionalista e liberal pretende-se submeter o poder constituinte às limitações institucionais, pois o constitucionalismo é a teoria e a prática do governo legalmente limitado e, assim, o poder constituinte deve se legitimar mediante um procedimento legal³²².

Negri pondera que a práxis do poder constituinte foi a via pela qual a vontade democrática entrou no sistema político e debilitou intensamente o constitucionalismo, pois o poder constituinte liga-se à noção de governo democrático absoluto e, nestes termos, acabou entrando em choque com o constitucionalismo de maneira forte, direta e duradoura. Para Negri, “a pretensão do constitucionalismo em regular juridicamente o poder constituinte não é estúpida apenas porque quer – e quando quer – dividi-lo; ela o é porque quer bloquear sua temporalidade constitutiva”³²³.

³¹⁹ Não se trata de uma posição presente no interior de uma escola, mas sim de diferentes autores de distintos marcos. Consiste basicamente em considerar o poder constituinte como motor da dinâmica constitucional e, assim, a ciência aceita sua presença, mas ao mesmo tempo são realizadas várias operações de neutralização como abstração transcendental, concentração temporal. Trata-se de uma posição presente em John Rawls (incidência mínima do princípio constituinte como imanentes ao sistema jurídico), Hermann Heller (grau de imanência é mais forte) e Carl Schmitt (imanência profunda).

³²⁰ Essa posição está presente nas escolas institucionalistas do século XX, mas foi assumida pela dogmática jurídica em geral. Considera como vital o elemento histórico-institucional e o fato normativo é afastado de sua inessentialidade e das características orgânica e consuetudinária para ser concebido em termos de uma atividade de cujo desenvolvimento emana a ordem jurídica.

³²¹ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte...**, p. 19.

³²² NEGRI, Antonio. **O poder constituinte...**, p. 20.

³²³ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte...**, p. 21.

O conceito de poder constituinte em Negri tem uma relação direta com o tempo e está estritamente ligado ao conceito de revolução democrática. Assim, não pode ser a perspectiva constitucionalista a que pode ajudar a resolver o problema da crise do conceito de poder constituinte³²⁴.

Negri questiona se ao invés de tentar superar a crise nos termos do pensamento jurídico, não seria melhor aceitá-la e, a partir desta aceitação, tentar compreender melhor a natureza do conceito que remete a noção de ausência de pressupostos regulatórios e plenitude da potência³²⁵.

E é nessa linha que segue o trabalho do autor, rico e complexo, porém o que interessa agora é pontuar a idéia presente em Negri da tensão existente entre democracia e constitucionalismo. Já nas conclusões do livro, ao tratar do poder constituinte como desutopia, Negri pontua que esta forma política do poder constituinte pode ser denominada de democracia, sendo que democracia aqui significa “expressão integral da multidão, radical imanência da potência, exclusão de toda definição externa”³²⁶. E, neste sentido, a democracia passa a ser o oposto do constitucionalismo, o qual, para Negri, é definido como um mero aparato que nega o poder constituinte e a própria democracia³²⁷.

Portanto, o que se tem na obra de Negri é uma leitura do constitucionalismo e do liberalismo como barreiras que se prestam a conter as potencialidades da democracia que é, em sua essência, um procedimento absoluto.

2.4 Propostas conciliatórias: democracia constitucional

2.4.1 Introdução

Como se percebe, a vertente democrática e a constitucionalista têm objetivos distintos. Nas suas formas mais puras, observa-se que a teoria democrática não

³²⁴ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**....p. 22-23. Mais especificamente nota-se que para Negri o que o poder constituinte rejeita não é propriamente o processo de institucionalização, mas sim a rigidez, pois “encara como inimigo tudo que possa impedir que a totalidade institucional seja submetida à sua própria crítica” (NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**....p. 271).

³²⁵ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**....p. 24-26.

³²⁶ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**....p. 444.

³²⁷ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**....p. 444.

concebe restrições à substância dos resultados produzidos pelo procedimento democrático, ao passo que o constitucionalismo busca justificar limitações de conteúdo às decisões tomadas ainda que de acordo com o procedimento democrático³²⁸.

Não obstante, constitucionalismo e democracia se combinam para formar um sistema de governo denominado democracia constitucional³²⁹ que tem como desafio justamente conciliar as duas vertentes, mas sem dissolver seus elementos constitutivos³³⁰.

Da mesma forma que a tensão permanente entre constitucionalismo e democracia é enfatizada por autores de diversos marcos teóricos, também a relação

³²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 22; GARGARELLA, Roberto. **Constitución y democracia...**, p. 69.

³²⁹ Nino observa que para muitos autores a união entre democracia e constitucionalismo constitui um “feliz matrimônio”, sendo a democracia constitucional uma forma de governo muito superior à democracia pura ou a um governo constitucional não democrático. Contudo, este matrimônio não é tão simples, pois promove tensões quando a expansão da democracia debilita o constitucionalismo ou, ao contrário, quando o fortalecimento do ideal constitucional se converte em um freio para o processo democrático (NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa...**, p. 13-15). Em sentido análogo, Gargarella observa que se pode inclusive estranhar que exista um conflito entre democracia e constitucionalismo, pois é muito usual falar em democracia constitucional. Todavia, o conflito entre ambas as idéias surge por apelarem a princípios opostos e, então, a tensão existente não é fictícia e tampouco tem uma óbvia solução (GARGARELLA, Roberto. **Constitución y democracia...**, p. 69).

³³⁰ Nesse momento, é importante se ater um pouco à observação de Mouffe. Para a autora, a democracia liberal (democracia constitucional) consiste na articulação de dois elementos: o liberal constituído pelas instituições do Estado liberal (primado do direito, separação de poderes e defesa dos direitos fundamentais) e o democrático da soberania popular e do governo da maioria. Pontua que não há dúvida de que a relação entre o liberalismo e a democracia é desde há muito uma questão controversa e que provavelmente nunca será resolvida. Mas, ao mesmo tempo, o que caracteriza a democracia moderna como forma política de sociedade, como um novo regime, reside exatamente na tensão entre a lógica democrática da igualdade e a lógica liberal da liberdade. Trata-se de uma tensão que para Mouffe deve ser valorizada e protegida, não dissolvida, posto que é constitutiva da democracia pluralista (MOUFFE, Chantal. **O regresso do político...**, p. 199-200). No entanto, Cláudio Pereira de Souza Neto aponta dois motivos para buscar uma acomodação entre a perspectiva constitucionalista e a democrática. O primeiro motivo atua no plano da teoria constitucional e assenta-se na defesa de que a constituição deve ser concretizada em sua totalidade. Portanto, positivados princípios democráticos e constitucionais ambos devem ser compatibilizados. Aliás, é o que propugna os postulados da unidade da constituição e da coerência. O segundo motivo é de índole político-filosófica. Embora se aceite o “fato do pluralismo”, é sustentável um campo comum de consenso que é ocupado justamente pelo estado democrático de direito, que conjuga a prerrogativa da decisão soberana do povo com mecanismos que permitem a cada pessoa realizar seu projeto pessoal de vida (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa...**, p. 63-66).

de complementaridade é defendida por vários autores contemporâneos³³¹, sendo que muitos enxergam conseqüências distintas a partir desta harmonização³³².

2.4.2 A via de mão dupla dos direitos fundamentais

Com efeito, Robert Alexy afirma que o estado constitucional democrático se caracteriza pela presença dos princípios fundamentais da dignidade humana, liberdade, igualdade, bem como dos princípios relativos à estrutura e os fins do Estado de Direito, democrático e social. Porém, entre os direitos fundamentais e os princípios relativos à estrutura estatal existem íntimas relações e tensões³³³.

³³¹ Jürgen Habermas defende umnexo interno entre soberania do povo (democracia) e direitos humanos (constitucionalismo), sendo que este reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia pública, que é assegurado mediante a formação discursiva da opinião e da vontade (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. 2.ed. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 137). Outro importante autor que procurou expressamente resolver a pendência entre liberdade dos antigos que caracteriza a democracia e liberdades dos modernos que marca o constitucionalismo é John Rawls. Na obra *O liberalismo político*, o autor formula uma concepção política de justiça que procura conciliar a tradição democrática e constitucional. Com efeito, a justiça como equidade busca conciliar estas tradições tidas como conflitantes propondo, primeiro, dois princípios de justiça que sirvam de diretrizes para a forma pela qual as instituições básicas devem realizar os valores de liberdade e igualdade e, segundo, especificando um ponto de vista com base no qual estes princípios sejam considerados mais adequados do que outros princípios de justiça à idéia de cidadãos democráticos tidos como pessoas livres e iguais. (RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 47-48). Também John Hart Ely intenta compatibilizar a defesa da constituição realizada pelo judiciário com a democracia representativa. A proposta procedimentalista de Ely busca justamente conciliar a função jurisdicional de controle de constitucionalidade com o sistema norte-americano de democracia representativa. Para o autor, o judiciário teria função semelhante à de um árbitro, sendo legítima sua atuação para censurar o mau funcionamento da democracia e este mau funcionamento se dá quando o processo não inspira confiança, pois: 1) quem detém o poder bloqueia os canais de mudança política ou se assegura de permanecer no poder excluindo os demais e 2) quando os representantes comprometidos com uma maioria efetiva sistematicamente colocam em desvantagem alguma minoria. Noutros termos, a tese de Ely consiste em que o controle de constitucionalidade se dê para garantir funcionamento do governo democrático, assegurando que os canais de participação e de comunicação política se mantenham abertos, bem como para conferir proteção às minorias (ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional**. Tradução: Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997, p. 100-101, 128-130).

³³² Especialmente quanto ao papel da jurisdição constitucional. Por exemplo, Jürgen Habermas e John Hart Ely defendem a harmonização entre constitucionalismo e democracia, mas o fazem para sustentar uma visão procedimental e minimalista da atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade. John Rawls, por sua vez, enfatiza a conciliação entre liberdade dos antigos (democracia) e liberdade dos modernos (constitucionalismo) e fundamenta uma dimensão substancial da atuação da jurisdição constitucional (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional...**, p. 58-59).

³³³ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (org.) **Neconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 31.

Alexy afirma que existem três maneiras de contemplar a relação entre direitos fundamentais e democracia. A primeira é definida pelo autor como ingênua na medida em que sustenta a inexistência de conflitos entre direitos fundamentais, corolários do constitucionalismo, e democracia, pois considera ambos bons em si mesmos e possíveis de conviver harmonicamente sem que se limitem reciprocamente. Trata-se de uma concepção excessivamente ingênua que não pode ser aceita³³⁴.

A segunda postura é definida por Alexy como idealista nos termos da qual a reconciliação entre direitos fundamentais e democracia não é possível faticamente, mas apenas em um ideal de sociedade bem ordenada, pois é necessário que o povo e os seus representantes não estejam em absoluto interessados em lesionar os direitos fundamentais de qualquer pessoa. Considera que toda motivação política reside na salvaguarda dos direitos fundamentais e que, portanto, o próprio catálogo de direitos apresenta apenas um valor simbólico. Alexy reconhece que esta postura ideal é importante por servir de parâmetro para a realidade política, entretanto, consiste ainda em um ideal inalcançável³³⁵.

Dessa forma, Alexy postula pela adoção de uma postura realista segundo a qual a relação entre direitos fundamentais e democracia se caracteriza por duas constatações opostas que assim se articulam: 1) os direitos fundamentais são profundamente democráticos e 2) os direitos fundamentais são profundamente antidemocráticos³³⁶.

Definem-se os direitos fundamentais como profundamente democráticos porque asseguram o desenvolvimento e a existência das pessoas por meio da garantia dos direitos de liberdade e igualdade capazes de manter estável o procedimento democrático e também porque asseguram as condições para o

³³⁴ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático...**, 37.

³³⁵ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático...**, 38.

³³⁶ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático...**, 38.

funcionamento do procedimento democrático mediante a proteção da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião, associação e das liberdades políticas³³⁷.

Não obstante, os direitos fundamentais são antidemocráticos porque representam uma desconfiança quanto ao procedimento democrático tendo em conta que significam a retirada de determinados conteúdos inclusive do alcance dos representantes legítimos do povo³³⁸.

Devido a essa relação de mão dupla, Alexy afirma que não são defensáveis tanto as teorias que propugnam por um processo democrático materialmente ilimitado como as teorias que são céticas em relação às potencialidades democráticas. Portanto, para o autor o desafio consiste em buscar uma via intermediária que resida justamente entre as posições extremas³³⁹.

O ponto de partida consiste em perquirir o que são os direitos fundamentais e quais os motivos que justificam a sua retirada da arena política³⁴⁰. Ademais, para

³³⁷ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático...**, 38.

³³⁸ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático...**, 38.

³³⁹ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático...**, 38.

³⁴⁰ A fundamentação dos direitos humanos e fundamentais universais é o foco de análise de outros trabalhos de Alexy. O autor afirma que basicamente existem três problemas relacionados aos direitos humanos: epistemológicos, substanciais e institucionais. Os primeiros referem-se ao modo como os direitos do homem podem ser conhecidos ou fundamentados (ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Tradução: Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, jul./ set. 1999, p. 56). Então, no seu livro *Teoría de del discurso y derechos humanos*, Alexy intenta justificar os direitos humanos a partir da teoria do discurso. Alexy adota uma posição kantiana sobre os direitos humanos na medida em que é fundada na universalidade dos direitos e no princípio da autonomia. Para Alexy, ao se tratar de direitos humanos está se tratando de normas para a esfera de ação que devem ser garantidas pelo direito positivo. O problema da fundamentação dos direitos humanos relaciona-se com questões de forma e questões de conteúdo. As questões de forma relacionam-se à positivação dos direitos humanos, já a questão do conteúdo refere-se propriamente a identificação dos direitos humanos. Segundo Alexy, há três classes de argumentos teórico-discursivos que fundamentam o conteúdo dos direitos humanos: o argumento da autonomia, do consenso e da democracia. O primeiro refere-se ao reconhecimento de que aquele que toma seriamente parte em um discurso pressupõe a autonomia do interlocutor, a sua liberdade. Assegurar a autonomia do indivíduo corresponde a assegurar os direitos humanos e fundamentais mais gerais com base no direito geral de liberdade, sendo que deste emergem outros direitos concretos de liberdade e também os direitos aos meios necessários para assegurar a autonomia como os direitos sociais. O argumento do consenso consiste, por sua vez, na introdução no âmbito do discurso da imparcialidade e, assim, da igualdade dos direitos humanos. Por fim, tem-se o argumento da democracia que é pautado em três premissas. Primeira, a de que o princípio do discurso só pode se realizar por meio da institucionalização jurídica de procedimentos democráticos. Segundo, que uma democracia só é possível se os direitos políticos fundamentais e os direitos humanos possam ser exercitados com suficiente igualdade de

equilibrar a relação entre direitos fundamentais e democracia, Alexy propõe que se interpretem estes direitos de modo que protejam o que os cidadãos consideram de tal importância que não pode ser confiado às decisões majoritárias.

Contudo, o próprio autor reconhece que essa idéia é falsa e correta ao mesmo tempo. É falsa porque o que os cidadãos consideram importante depende de seus ideais, de suas concepções de bem, de suas concepções morais. Nestes termos, tem-se que os direitos fundamentais não podem se basear apenas nas concepções morais dos cidadãos que são extremamente variáveis e mutáveis³⁴¹.

Assim, a solução seria buscar um consenso geral baseado em uma moralidade pública que manifeste as condições de cooperação social justa e que seja objeto de um consenso no mundo marcado pelo “fato do pluralismo”. Sobre estas condições de cooperação não poderiam os representantes livremente dispor, mas isso não seria contrário à democracia, posto que estas condições podem ser justificadas racionalmente^{342 343}.

oportunidade e, terceiro, que implica na exigência de efetivação de alguns direitos fundamentais e humanos não políticos (ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Tradução: Luis Villar Borda. Bogotá: Universidade Externando de Colômbia, 1995, p. 93-131).

³⁴¹ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático...**, 39.

³⁴² ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático...**, 40.

³⁴³ A posição de Alexy, defendendo a existência de uma moralidade pública que pode ser objeto de um “consenso sobreposto” mesmo entre a pluralidade de concepções morais é problemática por remeter diretamente às formulações de Rawls. Com efeito, a defesa de princípios de justiça universais fez com que Rawls fosse criticado principalmente pelos autores comunitaristas por defender uma teoria de certa forma jusnaturalista, tendo em vista a busca de valores universais que remetem à fundamentação metafísica. Além do mais, a sua forma de justificação dos princípios da justiça é baseada no artifício de representação da posição original e é assim criticada por se apresentar como estritamente monológica. Rawls se esforçou para corrigir determinados pontos de sua teoria, apresentando-a como uma forma de liberalismo político. Contudo, trata-se de uma das maiores discussões da filosofia constitucional contemporânea que não pode ser aqui desenvolvida de forma suficiente. Sobre o tema: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 99-107; KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. **La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos**. Tradução: Miguel Angel Rodilla. Madri: Tecnos, 2004, p.81-151.

2.4.3 Limitações que atam de forma positiva

Uma postura interessante e mais prática do que a encontrada em Alexy é a de Stephen Holmes, que também busca conciliar as tradições democrática e constitucionalista.

Holmes inicia sua análise a partir da sustentação de Paine e Jefferson da impossibilidade das gerações passadas atarem as gerações futuras, ou seja, na defesa de autogoverno. Holmes questiona esta argumentação com base principalmente nas ponderações de Madison, que asseverou que a idéia de autogoverno dos vivos não está tão livre de problemas quanto pareciam acreditar Paine e Jefferson³⁴⁴.

A idéia é basicamente a seguinte: o repúdio ao passado é uma espada de dois gumes porque as decisões atuais, tomadas tendo em vista o futuro, de imediato já pertencerão ao passado. Ainda, caso se assente que as gerações seguintes tratarão com desprezo as decisões feitas pensando no futuro, por que, então, haver-se-ia de pensar mais no futuro do que no passado?³⁴⁵

Para Holmes, Jefferson e Paine não perceberam que cada geração tem a necessidade de resolver problemas atuais sendo que para tanto precisa dar como assentadas certas decisões do passado que concedem, por exemplo, o poder para decidir, definem os procedimentos e especificam as jurisdições³⁴⁶.

Ou seja, não conceberam a constituição de maneira positiva, como um instrumento indispensável para o governo. Para Holmes, depois que o mundo presenciou o “suicídio” de vários regimes democráticos, não é possível sustentar esta concepção de constituição³⁴⁷. Portanto, embora uma geração não possa

³⁴⁴ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 243.

³⁴⁵ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 243.

³⁴⁶ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 244.

³⁴⁷ Aqui reside a importância principalmente das cláusulas intangíveis que se prestam a assegurar os pressupostos essenciais do sistema democrático. Neste sentido, Vieira aborda a importância de proteger determinados conteúdos e defini-los como intangíveis a partir da fragilidade da Constituição de Weimar. Com efeito, verifica-se que no cenário constitucional europeu do século XIX boa parte das constituições eram flexíveis. Mesmo as constituições do início do século XX como a Weimar apresentavam apenas uma rigidez formal, não substancial na medida em que a idéia de retirar determinados conteúdos da arena política e defini-los como cláusulas pétreas é um fenômeno característico do período posterior a II Grande Guerra. A mera rigidez formal da Constituição de Weimar possibilitou com que Hitler aprovasse o “Ato de Habilitação” em 1933 em estrita conformidade

impedir que a geração seguinte diga “não queremos mais liberdade”, isso não significa que os predecessores não têm o direito ou razão para formar instituições que visem dificultar estas decisões³⁴⁸.

O grande problema da crítica às ataduras constitucionais consiste no erro de não conceber um “atar de forma positiva, emancipadora ou favorável a liberdade”³⁴⁹. As metáforas de frear, bloquear e restringir sugerem que as constituições são mecanismos negativos que se prestam apenas a impedir o abuso de poder, contudo, os princípios e regras constitucionais são também criadores, pois organizam novas práticas e geram novas possibilidades³⁵⁰.

Ainda, segundo Holmes talvez seja o caso de rever o conceito de limitações, visto que as limitações não necessariamente se prestam a debilitar, mas podem também robustecer. Assim, as constituições podem ser restritivas de uma maneira que engendrem possibilidades, tendo em conta que criam e organizam o poder e lhe conferem certa direção³⁵¹.

Holmes exemplifica com a função capacitadora do princípio da separação dos poderes, pois este além de impedir usurpações, é também um mecanismo de divisão do trabalho e que permite uma distribuição e uma organização mais eficiente das funções governamentais³⁵².

Da mesma forma, existem “restrições constitucionais” que reforçam a própria democracia. Não há sentido em sustentar um governo do povo sem pressupor um marco legal que permita aos cidadãos ter uma vontade coerente. As decisões democráticas são tomadas com base em pré-decisões, pois a democracia nunca é em sentido literal o governo do povo, mas sempre o governo do povo que se realiza

com o artigo 76 da Constituição que disciplinava o processo de emendas, logrando, assim, concentrar poderes para legislar inclusive em situações não emergenciais. Claro que não se pode afirmar que se o procedimento de reforma da Constituição de Weimar impusesse limites substanciais o nazismo não teria conquistado o poder, pois vários fatores levaram a isso, mas o que se pode afirmar é que a fragilidade da Constituição e a forma como foi interpretada favoreceu a tomada de poder por Hitler pelos meios legais (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 86-113).

³⁴⁸ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 247.

³⁴⁹ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 248.

³⁵⁰ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 248.

³⁵¹ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 249.

³⁵² HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 250.

por meio de certos canais pré-estabelecidos até porque, por exemplo, quando se vota se decide quem será o presidente, mas não quantos presidentes existirão³⁵³.

Também, verifica-se que a própria soberania popular não tem nenhum significado sem os princípios e regras que organizam e protejam o debate público. Portanto, a idéia de limitações que geram possibilidades ajuda a compreender a relação complementar entre constitucionalismo e democracia³⁵⁴.

Com efeito, há outros autores que advogam a relação complementar entre democracia e constitucionalismo³⁵⁵, mas sustenta-se, basicamente, que, apesar dos objetivos do constitucionalismo e da democracia apresentarem-se como distintos, há uma relação de interdependência e de complementaridade entre ambos e, nestes termos, o constitucionalismo não atuaria necessariamente como algo que impõe

³⁵³ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 252.

³⁵⁴ HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia...**, p. 256.

³⁵⁵ Por exemplo, Nino sustenta a relação entre constitucionalismo e democracia depende principalmente de como se interpreta o último. Defende que o sentido forte de constitucionalismo reclama não apenas a existência de normas que organizam o poder e permanecem inalteráveis frente aos processos legislativos, mas também requer estruturas específicas de procedimento e conteúdo de leis que regulam a vida pública. Para o autor, o constitucionalismo, no sentido forte, aparece como a síntese das idéias aparentemente em conflito de Rousseau e Locke (NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa...**, p. 19). Também Ronald Dworkin sustenta uma relação complementar entre democracia e constitucionalismo. Afirma expresamente que a teoria constitucional não é uma simples teoria da supremacia das maiorias, pois a constituição visa proteger os cidadãos contra certas decisões que a maioria pode eventualmente querer tomar. Especificamente no capítulo intitulado *Que direitos temos?* inserido na obra *Levando os direitos a sério*, Dworkin refuta a oposição entre liberdade e igualdade no sentido propugnado por alguns autores liberais. A base da tese de Dworkin consiste na negação de um direito geral a liberdade entendida como licença (ausência de obstáculos às escolhas e atividades possíveis). Para Dworkin, defender o direito de liberdade no sentido de liberdade como licença implica recusar todas as restrições legais e afirmar a competição entre liberdade e igualdade. Portanto, para o autor o conceito central é o de igualdade que impõe o dever ao Estado de tratar os indivíduos com igual respeito e consideração. Assim, os direitos individuais e as diferentes liberdades devem ser reconhecidos somente quando se puder demonstrar que o direito fundamental a ser tratado como igual os exigem (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 208-209, 409-427). Em sentido análogo, Gargarella defende que o denominador comum entre constitucionalismo e democracia é justamente a igualdade, entendida esta na sua acepção de igual respeito e consideração e também no sentido de assegurar que a vida de cada indivíduo dependa de suas eleições e não das meras circunstâncias de seu nascimento. A democracia reflete a igualdade na medida em que implica na exigência de que cada um participe do processo decisório em pé de igualdade, bem como o constitucionalismo a concretiza, pois se refere a noção de proteção de certos direitos fundamentais que permitam a cada um levar adiante sua vida conforme seus ideais (GARGARELLA, Roberto. **Constitución y democracia...**, p. 77-78). Mas também não se pode esquecer de autores como Rawls, Habermas e Ely, já mencionados na nota de rodapé n. 331, que defendem a relação complementar entre constitucionalismo e democracia, embora a partir de premissas distintas.

limites à democracia, mas sim como algo que assegura as condições para sua própria manutenção³⁵⁶.

A democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes e estas condições são justamente os princípios e regras corolários do constitucionalismo³⁵⁷, e, ao mesmo tempo, o constitucionalismo também só adquire um sentido forte quando opera no âmbito de uma democracia³⁵⁸. Ainda, verifica-se que a proteção destes conteúdos que caracterizam o constitucionalismo se dá mediante as limitações ao poder de reforma da constituição, notadamente as de cunho substancial, que serão objeto de análise específica no próximo capítulo.

³⁵⁶ PALOMBELLA, Gianluigi. **Constitución...**, p. 09

³⁵⁷ Não compreender as limitações do constitucionalismo como limitações positivas, que possibilitam a própria democracia implica na refutação das cláusulas pétreas. Neste sentido, Paulo Napoleão Nogueira da Silva afirma categoricamente que as “cláusulas pétreas são um incômodo constitucional, um mal desnecessário” e se configuram como uma limitação injustificável do princípio democrático. Para o autor, no “constitucionalismo do futuro imediato”, pautado na soberania popular e na ampliação do princípio democrático, é problemática a previsão de cláusulas pétreas (SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Princípio democrático e estado legal...**, p. 57-60).

³⁵⁸ À respeito do tema, Francis Sejersted afirma que para satisfazer as necessidades da liberdade na sociedade moderna foi necessário desenvolver uma ordem democrática (SEJERSTED, Francis. *La democracia y el imperio de la legalidad: algunas experiencias históricas de contradicciones em la lucha por el buen gobierno*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999, p. 157).

3 AS BARREIRAS DO CONSTITUCIONALISMO

3.1 Considerações iniciais

Embora se defenda uma acomodação entre os princípios liberais e democráticos nos termos propostos pela democracia constitucional, todas as vezes que a realidade e o curso da história exigem modificações na constituição acaba ressurgindo a oposição entre soberania popular e soberania da constituição, entre democracia e constitucionalismo³⁵⁹.

Como solução para o dilema de ou considerar a constituição como lei suprema absoluta ou privilegiar apenas o postulado democrático do autogoverno possibilitando toda e qualquer alteração constitucional, tem-se a formulação da técnica de reforma constitucional^{360 361}. Tal mecanismo viabiliza a alteração das disposições constitucionais, porém, desde que se observem determinados requisitos e se respeitem certos conteúdos justamente para resguardar a identidade constitucional e os princípios do constitucionalismo³⁶².

Nesses termos, a previsão constitucional da possibilidade de reforma constitucional vem respaldar a tese de que as constituições precisam se adaptar a realidade para que sua normativa não envelheça frente à normalidade social em menção à teoria de Heller³⁶³.

³⁵⁹ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 20.

³⁶⁰ Vega ainda afirma que o intento de solucionar a tensão entre o princípio democrático e o princípio da soberania mediante a sistemática da reforma constitucional, que visa justamente ser um ponto de equilíbrio entre as alternativas radicais, fundamenta-se na afirmação do poder constituinte e no reconhecimento de que este pode criar um procedimento e um poder especial (o poder de reforma) capaz de ordenar e regular as transformações futuras da ordem constitucional (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 21, 60-66).

³⁶¹ Não obstante a polêmica existente sobre o precursor da teoria do poder constituinte, já analisada no item 1.2.2, tem-se que a idéia da reforma constitucional foi colocada em prática por meio da experiência norte-americana, tendo em vista que foi na Constituição dos Estados Unidos, no artigo V, que pela primeira vez se estipulou um mecanismo de reforma constitucional. Portanto, a técnica de reforma constitucional é de recente desenvolvimento (QUINTANA, Segundo V. Linares. **Derecho constitucional e instituciones políticas...**, p. 466).

³⁶² Observe-se que a rigidez constitucional não requer necessariamente a previsão de cláusulas pétreas. É suficiente a previsão de um procedimento mais oneroso para aprovar alterações constitucionais em comparação com o previsto para aprovação da legislação ordinária. Tratar-se-á do tema no item 3.2.

³⁶³ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 59.

Mas não se trata de atividade ilimitada sob pena do poder reformador, que é mais propriamente um exercício de uma competência reformadora, vir a se apresentar como um verdadeiro poder constituinte sendo assim apto a reformular toda a ordem constitucional vigente. Desta maneira, o constitucionalismo impõe limites à reforma constitucional justamente para assegurar determinados conteúdos e também estabelece certas exigências procedimentais e às vezes circunstanciais para que as decisões não sejam tomadas sem uma reflexão séria ³⁶⁴.

No entanto, principalmente os conteúdos resguardados, as cláusulas pétreas, devem ser justificados racionalmente por implicarem em uma restrição ao resultado do processo democrático. Então, hão de se apresentar como condições que possibilitam a própria democracia, como limites que engendram possibilidades nos termos da formulação de Holmes ³⁶⁵.

Mas se as limitações constitucionais têm essa função de servir como limites que atam de uma forma positiva, de maneira geral, três são as funções da previsão de um procedimento de reforma constitucional no cenário de uma democracia constitucional: primeiro, serve com instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política; segundo, atua como mecanismo de articulação da

³⁶⁴ Também não se exige para caracterizar a rigidez constitucional a previsão de limites procedimentais, circunstanciais e inclusive temporais. Basta a maior onerosidade do procedimento em relação às leis ordinárias conforme apontado na nota n.362. A questão será desenvolvida na seqüência.

³⁶⁵ Nesse sentido, Vieira afirma que em uma sociedade plural – seja no aspecto cultural, religioso ou ético – as possibilidades de consenso sobre princípios de justiça não podem ser tidas como dados, mas devem decorrer de uma construção. Portanto, para que determinadas cláusulas constitucionais sejam aceitas como limitadoras do poder de cada geração alterar suas próprias constituições torna-se imprescindível à justificação racional dos seus conteúdos. Ademais, as cláusulas constitucionais intangíveis apenas serão consideradas legítimas se servirem como elementos que habilitam e favorecem os cidadãos a se constituírem em sociedade, como uma comunidade de indivíduos iguais e autônomos, que decidem ser governados pelo direito. Em outros termos, devem caracterizar-se como elementos que viabilizam a evolução da sociedade democrática, visto que por meio das limitações constitucionais as gerações futuras devem ter resguardados os direitos relacionados ao autogoverno. Para o autor, os seguintes preceitos podem ser legitimamente subtraídos ao poder reformador: direitos que conferem autonomia privada aos indivíduos; preceitos relativos à instituição do Estado de Direito como o princípio da legalidade e da separação de poderes; direitos essenciais para proteger a igualdade e dignidade dos cidadãos relativos à participação na tomada de decisões públicas e os direitos sociais básicos (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 222-231).

continuidade jurídica do Estado e, terceiro, afirma-se como uma instituição básica de garantia³⁶⁶.

Com efeito, a realidade política que a constituição regula é uma realidade em permanente movimento. Não obstante, a normativa constitucional, como, aliás, qualquer outra normativa, aparece como uma estrutura na qual se cristalizam em imperativos atemporais e fixos uma série de relações. A reforma constitucional presta-se a cumprir a necessidade de adequar a realidade política e a realidade jurídica sob pena da normativa constitucional perder sua projeção prática³⁶⁷. Todavia, esta adequação das normas constitucionais à realidade que se opera por meio da reforma constitucional ocorre sem quebra da continuidade jurídica. O poder de revisão é um poder constituído e, neste sentido, a operação de reforma constitucional consiste em uma operação eminentemente jurídica, limitada. Assim, reformar a constituição não significa destruí-la, mas simplesmente adequá-la à realidade histórica sem que perca sua identidade³⁶⁸.

Por fim, cabe ponderar que se frente ao poder constituinte, o poder de revisão aparece como uma forma de articulação da continuidade jurídica estatal, em face dos demais poderes constituídos, o poder reformador atua como instituição básica de garantia. A idéia é basicamente a seguinte: ao estabelecer um procedimento mais agravado e difícil para a reforma constitucional do que o que se segue para aprovar e modificar leis ordinárias opera-se formalmente a separação entre lei

³⁶⁶ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 67.

³⁶⁷ Outro modo de realizar essa acomodação entre realidade e constituição se dá pela inserção dos princípios nas constituições. Segundo Gustavo Zagrebelsky, a coexistência de princípios nas constituições exige que estes assumam uma feição dúctil, ou seja, não se configurem como algo absoluto sob pena da constituição se tornar incompatível com sua base material pluralista ou não realizar seu intento de unidade e integração. A presença dos princípios nas constituições do pós-guerra é mais evidente. De fato, afirma-se que as normas constitucionais precipuamente assumem a feição de normas principiológicas (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil...**, p.15-16, 110). Diferentes qualitativamente das regras, os princípios não impõem deveres definitivos, mas sim que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1997, p. 86-87). Assim, tem-se que os princípios são melhor adaptáveis, pois o grau de realização destes é determinável em cada caso concreto. Sobre a distinção entre princípios e regras, conferir também: BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução: Carlos Benal Pulido. Bogotá: Universidade Externado da Colômbia, 2003, p. 47-53. Voltar-se-á ao tema na seqüência.

³⁶⁸ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 67-69.

constitucional e lei ordinária. E, portanto, pelo mecanismo de reforma constitucional é que se consagra a constituição como lei superior³⁶⁹.

Disso derivam algumas conseqüências. A primeira consiste em que a partir da técnica de reforma é que surge o critério de interpretação de que a lei superior derroga a inferior. Desta maneira, o controle de constitucionalidade somente tem sentido quando atua no âmbito de uma constituição rígida³⁷⁰. Ainda e finalmente com a distinção entre poder de reforma e poder legislativo ordinário evita-se que os poderes constituídos busquem se transformar em poderes constituintes³⁷¹.

Portanto, uma vez percorrido sobre os fundamentos da reforma constitucional, sobre o fato de ser reveladora da tensão entre constitucionalismo e democracia, chega-se o momento de tratar apenas das barreiras impostas pelo constitucionalismo para resguardar a identidade das constituições. Tratar-se-á dos limites ao poder de reforma especificamente no constitucionalismo brasileiro, embora muitas vezes outros constitucionalismos sejam mencionados para servir de parâmetro comparativo³⁷². Mais especificamente, o que se intenta é uma análise das limitações ao poder de reforma vigentes na Constituição de 1988, não obstante a experiência histórica nacional também seja retomada em alguns momento mesmo que não se trate do objeto precípua de análise³⁷³.

³⁶⁹ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 69.

³⁷⁰ Ao tratar dos pressupostos da fiscalização da constitucionalidade, Clèmerson Merlin Clève arrola como tal, ao lado da existência de uma constituição formal e da previsão de um órgão competente para o exercício do controle, a compreensão da constituição como lei fundamental que, por sua vez, refere-se diretamente às noções de rigidez e supremacia constitucional. Embora não seja impensável a fiscalização da constitucionalidade em Estados regulados por constituições flexíveis quanto ao aspecto formal. Por exemplo, estabelecido determinado procedimento para elaboração de leis em uma constituição flexível, qualquer violação do procedimento implicará em inconstitucionalidade formal. Contudo, a rigidez constitucional é determinante para impor a compatibilidade formal e material dos atos infraconstitucionais com a constituição (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro...**, p. 30-34).

³⁷¹ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 70.

³⁷² Fala-se em “constitucionalismos” porque, como pondera Canotilho, o movimento constitucional tem várias raízes localizadas em contextos históricos geográficos e culturais diferenciados. Portanto, rigorosamente não há que se falar em um constitucionalismo, mas em vários (constitucionalismo inglês, constitucionalismo americano, constitucionalismo francês, por exemplo). Mas para Canotilho, é preferível ainda falar em diversos movimentos constitucionais nacionais que podem eventualmente se aproximar (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição...**, p. 51).

³⁷³ Para um enfoque do histórico dos procedimentos de reforma constitucional no constitucionalismo brasileiro: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**,

3.2 Rigidez constitucional

A disciplina constitucional da reforma da constituição sujeitando-a a um procedimento mais complexo que o utilizado para aprovação e alteração da legislação ordinária caracteriza o que se define por rigidez constitucional³⁷⁴. Com efeito, a rigidez constitucional persegue dois objetivos: primeiro, assegurar a estabilidade constitucional e segundo viabilizar a alteração da constituição sem solução de continuidade³⁷⁵.

p.114-140; LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 196-200. E, de uma forma mais ampla, realizando uma análise do processo histórico de transição constitucional brasileiro: WACHOWICZ, Marcos. **Poder constituinte e transição constitucional...**, p. 93-200.

³⁷⁴ Note-se que rigidez constitucional não significa necessariamente a previsão de cláusulas pétreas, a proteção de determinados conteúdos. O conceito ajusta-se mais à previsão de um procedimento mais oneroso para aprovação de alterações na constituição comparado ao existente para sancionar e modificar a legislação ordinária. Nestes termos: BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas**. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1952, p. 94; BURDEAU, Georges. **Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques**. 20. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, p. 83; RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito constitucional**: instituições de direito público. Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 220; AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 66; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35; SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 42; VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p. 183; OTTO, Ignácio de. **Derecho constitucional**: sistema de fuentes. Barcelona: Ariel, 1998, p. 56; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2.ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 39-41; SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p. 62; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e mudança constitucional...**, p. 175. Em sentido contrário, afirma-se que a existência de cláusulas pétreas é condicionalmente da definição de rigidez constitucional (SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Princípio democrático e estado legal...**, p. 47). Também Canotilho apresenta posição distinta, pois afirma que “não é a existência de um processo de revisão estabelecido de exigências específicas para a modificação da Constituição que caracteriza a rigidez da Constituição”. Para o autor, “este carácter deve procurar-se em sede de *poder constituinte*. As normas de revisão não são o *fundamento* da rigidez da Constituição, mas os meios de revelação da escolha feita pelo poder constituinte (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição...**, p. 1043).

³⁷⁵ OTTO, Ignácio de. **Derecho constitucional...**, p. 56-59. Assim, tendo em vista as finalidades da rigidez constitucional, defende-se a superioridade do conceito de constituição rígida. Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, não pode pairar dúvidas sobre a superioridade das constituições rígidas, pois a partir destas “todos os poderes têm a sua órbita determinada, as suas balizas prefixadas, os direitos individuais declarados, sendo mais difícil, neste caso, o arbítrio”. Ademais, de outra forma, “o parlamento pode tudo fazer, visto não haver entrave à sua ação e os indivíduos bem como os outros poderes ficarem inteiramente a sua mercê” (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas...**, p. 59). Porém, há quem enalteça as qualidades das constituições flexíveis, que, de regra, acabam perdurando mais que as rígidas (SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Princípio democrático e estado legal...**, p. 57). Tratam-se de posturas contrárias que ou se apegam de forma estrita aos princípios do constitucionalismo, ou, também de forma estrita, aos princípios democráticos. O desafio da democracia constitucional é justamente articular as idéias, o que só é possível caso se justifique democraticamente tanto as reformas quanto as barreiras impostas.

Rigorosamente, a previsão de um procedimento de reforma significa que a própria constituição quer regulamentar a sua adaptação à realidade, no entanto, ao mesmo tempo, a rigidez reduz em maior ou menor grau esta mutabilidade em favor da estabilidade³⁷⁶.

3.2.1 Constituições rígidas, flexíveis, imutáveis e fixas

Na doutrina, a definição de constituição rígida é obtida a partir da sua distinção em relação às constituições flexíveis, imutáveis e fixas. Primeiramente, tem-se que as constituições flexíveis são aquelas que podem ser modificadas por procedimentos iguais aos previstos para aprovação da legislação infraconstitucional. Não há previsão de um procedimento mais rigoroso para alteração da constituição, de um *quorum* qualificado ou algo que o valha. E, nestes termos, o que se tem quando uma norma infraconstitucional contraria uma norma constitucional é a revogação desta última, não a inconstitucionalidade da primeira³⁷⁷.

É corrente associar constituições costumeiras às flexíveis³⁷⁸, embora existam constituições escritas e flexíveis. Também, uma constituição juridicamente definida como flexível pode faticamente ser de mais difícil e mais lenta alteração que uma constituição rígida, pois não são apenas os obstáculos jurídicos existentes na

³⁷⁶ OTTO, Ignácio de. **Derecho constitucional...**, p. 59

³⁷⁷ Sobre a inconstitucionalidade em constituições flexíveis, remete-se à nota n. 370. Mas de maneira geral, a doutrina afirma que só é possível falar em inconstitucionalidade no âmbito de uma constituição rígida. Neste sentido: AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 67; SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p. 70-75; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas...**, p. 83; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 153; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.76; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 5.

³⁷⁸ Para Jorge Miranda, uma constituição consuetudinária deve ser flexível e apenas não seria, na hipótese, nunca verificada, de o costume constitucional implicar requisitos mais exigentes que o costume em geral. Ainda, aponta James Bryce como um dos precursores da distinção entre constituição rígida e flexível e da correspondência entre constituição flexível e material e rígida e formal (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 2. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 165-167). De fato, Bryce é um dos responsáveis pela teorização sobre constituições flexíveis e rígidas. Contudo, embora o autor tenha associado constituições costumeiras às flexíveis, não ignorou a existência de constituições escritas e flexíveis como a então vigente na Itália. Também, o autor não deixou de reconhecer que a estabilidade de qualquer constituição não depende apenas de sua forma, mas também das forças sociais e econômicas em se apóia (BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas...**, p. 26-27, 45).

constituição que determinam o número de modificações constitucionais³⁷⁹. A rigidez e a supremacia constitucional não podem ser analisadas desconectadas do contexto social e político em que se inserem³⁸⁰. Em uma sociedade conservadora não são necessários muitos freios jurídicos para assegurar a estabilidade da constituição³⁸¹.

Todavia, verifica-se que a flexibilidade das constituições tornou-se incomum, sendo a maior parte dos exemplos pertencentes ao passado, remanescendo apenas poucos exemplos como a Constituição da Nova Zelândia, flexível e não escrita³⁸². A

³⁷⁹ Por exemplo, compara-se a Constituição Inglesa, flexível, com a atual Constituição Brasileira, rígida. A Inglesa é menos suscetível a alterações apesar das formalidades previstas na Constituição Brasileira (AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 68). Neste sentido, sobre a Constituição Inglesa, Vanossi observa que mesmo nesta, um dos poucos exemplos de constituição flexível, existem diferenças formais e processuais que permitem distinguir politicamente a sanção de uma lei ordinária da sanção de outra lei que afeta a ordem constitucional ou o regime político do país. O que distingue é a aplicação de uma convenção constitucional em razão da qual antes de se sancionar uma lei de conteúdo institucional é necessário conseguir um pronunciamento do povo mediante uma nova eleição do parlamento. Isto permite afirmar que na Inglaterra quando se trata de reformas constitucionais, o poder atuante é o do corpo eleitoral. Ainda que seja pela via de eleição de uma nova Câmara dos Comuns, quando o corpo eleitoral é convocado aparece a diferença formal de procedimento que permite distinguir leis ordinárias e leis constitucionais (VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p. 185-186). Sobre o tema, conferir também: VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 51-53.

³⁸⁰ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 38.

³⁸¹ SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p. 62-63; BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas...**, p.78. Além de relacionar o número de modificações constitucionais ao aspecto conservador de uma sociedade, é possível relacioná-lo com o sentimento constitucional de que trata Loewenstein. O autor pontua que não se pode esquecer que as constituições resultam de um compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participaram de sua conformação. Caso se modifique a situação de equilíbrio, será necessária uma reforma constitucional. No entanto, toda constituição deve ter para seu povo uma validade superior do que a legislação ordinária e, assim, toda reforma acaba por significar uma depreciação do sentimento constitucional de um povo. A expressão sentimento constitucional pode ser descrita como aquela consciência da comunidade que, apesar dos antagonismos e tensões existentes, integra a detentores e destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória que é justamente a constituição (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución...**, p. 199-200). Portanto, pode-se afirmar que o número de alterações levadas a cabo quando se trata principalmente de uma constituição flexível relaciona-se diretamente com o sentimento constitucional de cada comunidade.

³⁸² SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p.63; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 126. Portanto, Vega afirma que em lugar de distinguir entre constituições rígidas e flexíveis, do que realmente dever-se-ia falar é de constituições com menor ou maior grau de rigidez (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p.50). Gustavo Just da Costa e Silva analisa os vários graus de rigidez que se apresentam em razão das diferentes técnicas de agravamento do processo de reforma. Aponta como o mais tênue dos agravamentos o consistente na atribuição da competência revisora ao mesmo órgão que tem atribuições legislativas ordinárias, embora exigindo *quorum* qualificado para aprovação. Exemplifica com a Lei Fundamental de Bonn (artigo 79). A rigidez é mais forte quando é exigida a aprovação em duas legislaturas seguidas ou quando o órgão legislativo não tem competência para reformar sozinho a constituição, requerendo-se a participação do povo ou dos entes federados. Como exemplo, tem-se a Constituição Norte-americana que institui no artigo V uma alternativa entre dois procedimentos. Pelo primeiro, as emendas devem ser aprovadas por $\frac{3}{4}$ das

flexibilidade constitucional é um fenômeno mais característico da época em que se afirmava a soberania real, não existindo a distinção entre poder constituinte e poder constituído, sendo a constituição modificada ao talante do soberano ^{383 384}.

Entre as constituições rígidas e as flexíveis, há um tipo intermediário denominado constituição semi-rígida ou mista do qual a Constituição brasileira de 1824 é um exemplo. Nesta Carta coexistiam rigidez e flexibilidade, sendo a parte rígida referente às atribuições dos poderes políticos e aos direitos individuais e as demais disposições passíveis de alteração por meio de procedimentos flexíveis³⁸⁵.

Alude-se também às constituições imutáveis e as fixas. Denominam-se constituições imutáveis aquelas que visam ser eternas e, para tanto, negam expressamente qualquer possibilidade de reforma e de revogação. As constituições imutáveis são defendidas com amparo na afirmação de que só existe uma única manifestação constituinte, que se exaure em uma só expressão e atinge forma definitiva. Poucos exemplos podem ser identificados de constituições imutáveis,

legislaturas dos Estados-membros, mediante provocação de 2/3 de cada Casa congressional. A outra via se dá mediante iniciativa de 2/3 das legislaturas estaduais, seguida da convocação, pelo Congresso, de convenções destinadas a tal fim em cada um dos Estados, devendo a proposta ser aprovada por ¾ das convenções (SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 64-65).

³⁸³ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p.43-44, 219-220. Como pondera Vieira, apesar da origem popular do constitucionalismo europeu, as sucessivas crises políticas e a restauração monárquica, ocorrida sob o signo de uma soberania partilhada entre o rei e o parlamento, não permitiram que as constituições européias do século XIX assumissem uma posição clara de supremacia, como ocorreu nos Estados Unidos. As constituições européias do século XIX – em sua maior parte - eram escritas, porém flexíveis. A prática constitucional assentava-se na idéia de que as constituições eram instrumentos à disposição dos governantes (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 87-90). Sobre a historia das constituições rígidas e flexíveis: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas...**, p. 35-56.

³⁸⁴ Uma exceção à flexibilidade das constituições européias do século XIX é a Constituição da Noruega de 1814, ainda vigente, que impede, no seu artigo 112, qualquer reforma que contrarie os princípios que integram a Constituição (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 90). É possível encontrar o texto integral da Constituição norueguesa em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm, consulta realizada em 20/01/2007. Para uma análise do procedimento de reforma previsto na Constituição norueguesa, conferir: LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 208-209.

³⁸⁵ SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p.66; AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 67; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 127; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas...**, p. 59. O artigo 178 da Constituição de 1824 tinha a seguinte redação: “Art. 178. É só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos, e individuais dos cidadãos. Tudo, o que não é constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”. O inteiro teor da Constituição do Império está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm, consulta realizada em 20/01/2007.

referindo-se, a doutrina, a documentos não provenientes do constitucionalismo moderno como o Código de Hamurabi³⁸⁶.

No entanto, questiona-se a legitimidade das constituições imutáveis por restringirem a manifestação inclusive do poder constituinte originário e, logo, da soberania popular, bem como a adaptação das constituições à realidade³⁸⁷.

Já as constituições fixas são aquelas que estabelecem expressa ou implicitamente que só podem ser alteradas por uma manifestação de um poder do mesmo nível do que a criou, ou seja, por uma nova manifestação do poder constituinte³⁸⁸.

Segundo Nelson de Sousa Sampaio, trata-se de uma espécie que não apresenta mais interesse prático, tendo seu estudo apenas valor histórico, pois as constituições existentes de uma forma geral prevêm procedimento de reforma e, assim, apresentam-se como rígidas³⁸⁹. Não obstante, a categoria das constituições fixas remete a uma questão importante: a inexistência de preceito relativo à alteração da constituição significa que esta é fixa ou que é flexível?³⁹⁰

Embora existam manifestações doutrinárias e aplicações práticas em sentido contrário³⁹¹, para afirmar a supremacia constitucional há que se ponderar que no silêncio do poder constituinte originário quanto à reforma constitucional presume-se

³⁸⁶ SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p.48; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 124. Bryce relata que nos tempos antigos, quando as cidades-estados e os estados rurais eram governados por assembleias primárias ou pelos cidadãos livres, não existia nenhuma autoridade superior à legislatura com poder para promulgar uma constituição. Portanto, quando se decidia conferir uma especial permanência a algumas medidas políticas se recorria a dois expedientes: fazer com que todos os dirigentes jurassem solenemente manter a medida ou estipular que nunca se levaria em consideração nenhuma proposta de abolição da lei fundamental, estabelecendo uma punição a quem se atrevesse a fazer a proposta (BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas...**, p. 106-107).

³⁸⁷ AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 107; VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 81-82.

³⁸⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 125.

³⁸⁹ No entanto, encontram-se exemplos históricos de constituições que nada previam quanto a sua alteração. Nesa situação, encontravam-se as Constituições francesas de 1815 e 1830, o Estatuto Albertino da Itália de 1848 e a Constituição espanhola de 1876. Sobre o tema: VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 83-87.

³⁹⁰ SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p.54-61.

³⁹¹ Sobre o tema: VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p.82-86; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 89. Um exemplo que silenciava quanto à reforma era a Constituição do Reino da Itália, outorgada pelo rei Carlos Alberto em 1848. Durante muito tempo, tendo em conta a concepção de soberania real, sustentou-se que o poder de alterar esta Constituição era exclusivo da coroa, no entanto, posteriormente, passou a prevalecer a tese de que era alterável pela legislação ordinária (BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas...**, p. 110-111).

a impossibilidade de alteração da constituição pelos poderes constituídos ainda que seja possível uma nova manifestação do poder constituinte originário para adaptar a normativa constitucional à realidade.

A idéia de supremacia constitucional refere-se diretamente à distinção entre poder constituinte e constituído e, desta forma, requer-se que a própria constituição discipline a possibilidade de ser alterada por meio da atuação do poder reformador que é constituído, limitado, subordinado. Portanto, em um contexto no qual se procura afirmar a supremacia da constituição, os casos de flexibilidade constitucional devem ser tidos como algo excepcional³⁹².

Mesmo com a importância da distinção entre constituição flexível, imutável, fixa e rígida inclusive para melhor definir o que se entende por rigidez constitucional, observa-se que atualmente subsistem poucos exemplos de constituições que não são rígidas³⁹³. Além do mais, é um fenômeno característico do período pós-guerra a previsão inclusive de limites materiais ao poder de reforma³⁹⁴.

Na história constitucional brasileira prevalecem as constituições rígidas³⁹⁵. A Constituição de 1988, além de estabelecer um procedimento específico para sua

³⁹² SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p.60-61. Lopes concorda com o raciocínio de Sampaio, mas ressalva que o silêncio só leva à impossibilidade de reforma se não for possível deduzir de algum dispositivo ou do contexto da constituição que a competência para reformar a constituição pertence ao legislador ordinário (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 125). A respeito do tema, Schmitt ponderou que se não existe nenhuma prescrição constitucional sobre reformas da constituição são cogitáveis as teses da flexibilidade da constituição ou da impossibilidade de alteração. Para o autor, "la respuesta acertada es: la Constitución sólo puede ser abolida como totalidad mediante un acto de Poder constituyente estando prohibidas las modificaciones de la ley constitucional" (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 42). Tradução livre: "a resposta correta é: uma constituição só pode ser totalmente abolida mediante ato do poder constituinte, estando proibida as modificações da lei constitucional". Em sentido contrário: SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 75. Para uma análise das posições doutrinárias clássicas existentes a respeito do tema e das suas implicações prática: VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 81-87.

³⁹³ Nesse sentido, Vega observa que o processo de universalização das ideais democráticas na atualidade veio acompanhado de um processo de universalização da idéia de supremacia constitucional. E, assim como quase ninguém se atreve a colocar em dúvida que o povo é o único titular da soberania, ninguém nega como postulado teórico que os governantes devem estar submetidos à lei, à constituição (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 49-50). Sobre os procedimentos de reforma no direito comparado: LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 205-237.

³⁹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 90.

³⁹⁵ Foge à regra a Constituição de 1824 que era semi-rígida. No entanto, as demais Constituições brasileiras cuidaram de estabelecer procedimentos para reforma constitucional. Sobre o tema: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Reforma total da constituição: remédio ou suicídio? In:

reforma, também é generosa quanto à proteção de determinados conteúdos que não podem ser suprimidos do texto constitucional, as denominadas cláusulas pétreas ou cláusulas superconstitucionais³⁹⁶.

Os limites ao poder de reforma consistem em barreiras impostas pelo constituinte originário ao autogoverno das maiorias. Principalmente os limites materiais visam proteger os princípios do constitucionalismo e a identidade de uma constituição. Mas note-se que em especial as cláusulas pétreas, por limitarem de forma substancial o resultado da deliberação democrática, devem ser compatibilizadas com o princípio democrático, ou seja, devem ser justificadas como limitações que atam de forma positiva, engendrando possibilidades.

3.3 Limites ao poder de reforma

3.3.1 Introdução

Conforme já exposto, a reforma constitucional, no plano jurídico-positivo, concretiza-se em um conjunto de normas mediante o qual se estabelece um mecanismo mais complexo, agravado e difícil de alteração da constituição do que o que se segue para a aprovação da legislação ordinária³⁹⁷.

Nesse tópico tratar-se-á especificamente das formas de limitações impostas ao poder de reforma constitucional na Constituição Brasileira de 1988. Com efeito, a essência do poder de reforma é de um poder limitado pelo direito na medida em que é derivado, subordinado e condicionado. É derivado da atuação do poder constituinte originário, que o institui para possibilitar alterações na sua obra adaptando-a à realidade e é subordinado à

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 151-161.

³⁹⁶ A Constituição de 1824 não estabeleceu limites materiais ao poder de reforma. Já a Constituição de 1891 inovou ao impedir emendas tendentes a abolir a forma republicana e federativa ou a igualdade de representação dos Estados no Senado. A Constituição de 1934 restringiu-se a prever como limites materiais a forma republicana e federativa. A Carta de 1937 não previu sequer a república e a federação como cláusulas pétreas, mas a Constituição de 1946 retomou a proteção à república e a federação, mantida na Constituição de 1967 e Emenda n. 1/69. Sobre o tema: VIÉIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 116-125.

³⁹⁷ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**,p.79.

normativa estabelecida pelo constituinte originário e tem seu exercício condicionado aos requisitos impostos também pelo poder constituinte originário³⁹⁸.

Existem várias classificações doutrinárias relativas aos limites ao poder de reforma. Alude-se, por exemplo, aos limites heterônomos e autônomos, absolutos e relativos³⁹⁹. Porém, tem especial interesse no cenário constitucional brasileiro a distinção entre limites implícitos e explícitos ao poder de reforma. Os limites explícitos ou expressos são aqueles que se encontram previstos no texto constitucional enquanto os implícitos são deduzidos de forma indireta, fundamentando-se ora como uma consequência lógica dos pressupostos sobre os quais repousa o sistema constitucional, ora como correlatos das qualificações que se produzem em determinados preceitos constitucionais⁴⁰⁰. Serão analisados primeiramente os limites expressos que são previstos na a Constituição de 1988 sob a forma de limites formais e substantivos à aprovação de emendas constitucionais.

3.3.2 Limites formais expressos

Os limites formais⁴⁰¹ referem-se ao processamento da reforma constitucional e se relacionam aos aspectos temporais, circunstanciais e formais ou procedimentais⁴⁰².

³⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e mudança constitucional...**, p. 166.

³⁹⁹ Os limites autônomos são aqueles impostos pelo próprio ordenamento constitucional, já os heterônomos são aqueles provenientes de fontes distintas do texto constitucional, por exemplo, quando se afirma que o poder de revisão é limitado pelo direito natural ou pelo direito internacional. Os limites absolutos são aqueles que não podem ser superados, ao passo que os relativos consistem em limites que mediante um procedimento especial podem ser eliminados (por exemplo, por meio da dupla revisão). Sobre o tema: VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente...**, p. 240-243.

⁴⁰⁰ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente...**, p. 240-243; BEDÊ, Fayga Silveira. **A intangibilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais na Constituição**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 20; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e mudança constitucional...**, p. 176.

⁴⁰¹ Questiona-se a designação dos limites formais como “limites”, tendo em conta que a constituição disciplina o poder de reforma por meio de dois expedientes: primeiro, impõe condições de validade da atividade reformadora enquanto tal e, segundo, impõe condições de validade da própria norma. Então, afirma-se que apenas o segundo expediente pode ser designado como limite no sentido exato do termo (SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma**

Os limites temporais consistem na fixação de um período de imodificabilidade da constituição, ou, da previsão de uma reforma a termo certo ou, ainda, de uma combinação destas formas com a previsão de reformas periódicas. Alude-se também à estipulação da obrigação de reforma periódica, mas que não obsta a realização de reformas em outras épocas⁴⁰³.

Quanto às emendas, a Constituição de 1988 não estabeleceu um período mínimo de resguardo. Aliás, não se trata de previsão comumente encontrada no constitucionalismo brasileiro, embora a Constituição de 1824 tenha previsto que só poderia ser reformada após quatro anos de sua vigência⁴⁰⁴. No entanto, no que toca à revisão constitucional, o constituinte de 1988 dispôs que deveria ser realizada após cinco anos da promulgação da Constituição. Trata-se de um limite temporal do primeiro tipo⁴⁰⁵.

Já os limites temporais que se referem à periodicidade da reforma não são típicos do direito brasileiro⁴⁰⁶. Mas um exemplo pode ser encontrado no artigo 133 da Constituição Portuguesa de 1933 que estabelecia a revisão constitucional a cada dez anos, embora fosse possível a antecipação da revisão e a realização de reformas pontuais obedecidos os requisitos dos parágrafos do artigo 133 e do artigo 134, respectivamente⁴⁰⁷.

constitucional..., p. 87). Contudo, adota-se a expressão limites na medida em que também os formais realizam uma limitação, uma contenção do poder reformador.

⁴⁰² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e mudança constitucional...**, p. 173.

⁴⁰³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 143.

⁴⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular...**, p. 244. O artigo 174 da Constituição de 1824 assim estabelecia: "Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles". Como outros exemplos de constituições que estabelecem a proibição de reforma por um determinado período, têm-se a Constituição francesa de 1791 que proibia a sua modificação por duas legislaturas e a Constituição norte-americana que assegurou a sua inalterabilidade por um ano. Sobre o tema: LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 143.

⁴⁰⁵ GALIZA, Carlos. A reforma constitucional: conteúdo, procedimentos e limites. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 77, p. 35-48, jul. 1993; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 143-144; TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional...**, p. 37. Consta no artigo 3º do Ato das disposições constitucionais transitórias que "a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral".

⁴⁰⁶ Para uma defesa das revisões constitucionais periódicas, abarcando inclusive as cláusulas pétreas: SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Princípio democrático e estado legal...**, p. 58-60.

⁴⁰⁷ A redação da Constituição Portuguesa de 1933 sobre revisão constitucional era a seguinte: "Artigo 133º. A Constituição será revista de dez em dez anos, tendo para esse efeito poderes constituintes a Assembléia Nacional cujo mandato abranger a época de revisão. §1º - A

As limitações circunstanciais são aquelas que derivam de determinadas condições político-sociais anômalas na vigência das quais não é permitida a alteração da constituição. Justificam-se por servirem para impedir que as alterações constitucionais sejam levadas a efeito em momentos de insegurança e incerteza, de crise social ou institucional. Desde a Constituição de 1934, veda-se a realização de alterações constitucionais na vigência de estado de sítio e a Constituição vigente ampliou a vedação para impossibilitar a reforma também durante períodos de intervenção federal e estado de defesa⁴⁰⁸.

Os limites formais ou procedimentais em sentido estrito relacionam-se às formalidades processuais exigidas para que a reforma constitucional se realize. Dizem respeito ao órgão competente para reforma constitucional, ao trâmite da proposta e ao *quorum* de votação⁴⁰⁹.

A questão do órgão competente para a promulgação de emendas refere-se à iniciativa, discussão, votação e promulgação das emendas⁴¹⁰. A Constituição de 1988 conferiu iniciativa para propor emendas a um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ao Presidente da República e a

revisão pode ser antecipada de cinco anos, se for aprovada por dois terços dos membros da Assembleia Nacional em e, neste caso, contar-se-á da data da revisão antecipada o novo período de dez anos. §2º Não podem ser admitidas como objeto de deliberação propostas ou projetos de revisão constitucional que não definam precisamente as alterações projectadas. Artigo 134º. Independentemente do preceituado no artigo anterior, pode o chefe de Estado, quando o bem público imperiosamente o exigir, depois de ouvido o Conselho de Estado e em decreto assinado por todos os Ministros, determinar que a Assembleia Nacional a eleger assuma poderes constituintes e reveja a Constituição em pontos indicados no mesmo diploma". A Constituição portuguesa de 1976 assim dispõe sobre o tempo da revisão: "Artigo 284.º (Competência e tempo de revisão) 1. A Assembleia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária. 2. A Assembleia da República pode, contudo, assumir em qualquer momento poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos dos Deputados em efectividade de funções". O texto integral de ambas as Cartas está disponível em: <http://www.parlamento.pt>. Consulta realizada em 25/01/2007. Para uma análise dos procedimentos de revisão nas Constituições portuguesas, conferir: MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional...**, p. 181-198.

⁴⁰⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e mudança constitucional...**, p. 174; SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular...**, p. 244. Dispõe o parágrafo primeiro do artigo 60 que "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio".

⁴⁰⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e mudança constitucional...**, p. 175.

⁴¹⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e mudança constitucional...**, p. 175.

mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros⁴¹¹.

De uma forma geral, quanto ao órgão constitucional, afirma-se que a reforma constitucional pode se desenvolver mediante dois sistemas distintos conforme se exija a colaboração de um órgão especial diferente do legislativo ordinário ou do próprio órgão legislativo ordinário, mas com procedimentos agravados em relação aos seguidos para aprovação de outras leis⁴¹².

A Constituição de 1988 adota o segundo sistema. O Congresso Nacional exerce, portanto, duas funções, a legislativa ordinária e a reformadora⁴¹³. No exercício da função reformadora, o Congresso exerce uma competência intermediária entre o poder constituinte originário e o legislativo ordinário⁴¹⁴. Intermediária porque está abaixo do poder constituinte originário na medida em que tem natureza constituída e, ao mesmo tempo, encontra-se acima do legislador ordinário, visto que pode modificar inclusive a sua conformação e o processo legislativo desde que respeitadas as limitações constitucionais⁴¹⁵.

Há algumas especificidades no processo reformador, pois a deliberação e a aprovação das emendas obedecem a regramento específico. A Constituição estabelece que a proposta de emenda deverá ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em

⁴¹¹ Para uma análise da atribuição de iniciativa ao Presidente da República, remete-se ao item 1.3.1. Ainda, para uma abordagem crítica sobre a não-previsão da iniciativa popular em sede de emendas: BORBA, Dalton José. **Iniciativa popular de emenda constitucional no Brasil**. Curitiba, 2002. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo...**, p. 58-59.

⁴¹² Paolo Biscaretti di Ruffia esmiúça mais a análise dos dois sistemas. Com efeito, os sistemas que adotam a especialidade do órgão reformador se desenvolvem por meio: a) de uma Assembléia Constituinte ou Convenção; b) de uma Assembléia Nacional formada por duas Câmaras parlamentares reunidas conjuntamente (modelo francês de 1875); c) de um *referendum* obrigatório e d) da intervenção de cada Estado-membro quando se trata de reformar uma Constituição federal. Já os sistemas que adotam procedimentos agravados prevêem, de maneira geral, as seguintes formas: a) maioria qualificada; b) dupla aprovação, distanciada temporalmente; c) a decisão de reformar um artigo e a aprovação específica desta modificação efetuada em duas sucessivas legislaturas, de maneira que as eleições, tidas no intervalo entre as mesmas, assumam o significado de um *referendum*; d) a integração da aprovação parlamentar com um *referendum* facultativo (RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito constitucional...**, p. 223-224).

⁴¹³ AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 128.

⁴¹⁴ SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p.44.

⁴¹⁵ AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 128.

ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros⁴¹⁶. Ainda, verifica-se que a promulgação da emenda é feita pela pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e, portanto, não há fase executiva como no processo legislativo ordinário⁴¹⁷.

As limitações adjetivas já foram muito mais rigorosas no direito brasileiro para aprovação de reforma constitucional⁴¹⁸, contudo, a Constituição de 1988 destaca-se em razão dos limites materiais que impõe ao poder reformador⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Quanto ao *quorum* de aprovação de emendas, já se exigiu mais para a aprovação de reformas no constitucionalismo brasileiro. A Constituição de 1891 exigia três turnos de discussão e votação com aprovação por dois terços dos votos nas duas Casas do Congresso. Nas Constituições de 1934 e 1946, a aprovação deveria ocorrer ou em dois turnos de discussão e votação para aprovação por maioria absoluta ou em turno único desde que aceita em cada uma das Casas por dois terços dos votos. Na Constituição de 1937, o *quorum* era de dois terços tanto para emendas quanto para revisão. Já a Constituição de 1967 assentou que a proposta de emenda seria discutida e votada em reunião do Congresso e seria aprovada quando obtivesse em ambas as votações a maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso. A Emenda n. 01/69 estabeleceu, por seu turno, que a emenda seria discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, em duas sessões, e seria aprovada quando obtivesse, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros da Casa. A respeito do tema: LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 196-200.

⁴¹⁷ O processo de formação da lei ordinária apresenta as seguintes fases: iniciativa, discussão, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. A iniciativa pode ser ampla ou reservada e abrange número bem maior de legitimados em relação à iniciativa para emendas, prevendo-se inclusive iniciativa popular. Discutido o projeto, passa-se a fase de votação e, uma vez aprovado pelas Casas, vai para sanção ou veto do chefe do poder executivo, que também promulga. Também não são necessários dois turnos de votação para aprovação da legislação ordinária conforme prevê o artigo 47 da Constituição Federal. Sobre o tema: TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional...**, p. 68, 136-143.

⁴¹⁸ Por exemplo, a Constituição de 1824, além de estabelecer uma limitação temporal, impedindo a reforma da Constituição nos quatro primeiros anos de vigência, dispunha que caso se reconhecesse que algum artigo da Constituição era merecedor de reforma, haveria que se fazer uma proposição por escrito (com origem na Câmara dos Deputados e apoiada pela terça parte deles). Uma vez admitida a discussão e a necessidade da reforma, expedir-se-ia uma lei ordinária ordenando aos eleitores dos Deputados para seguinte legislatura que confirmassem especial faculdade para a reforma. Na legislatura seguinte, na primeira sessão, a matéria seria proposta, discutida e votada. Portanto, ao contrário dos procedimentos que se consolidaram mais recentemente, a Constituição Imperial previa uma confirmação das modificações pretendidas por um órgão legislativo renovado em sua legitimidade. Sobre o tema: LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador...**, p. 196.

⁴¹⁹ Os limites materiais não são necessários para que se defina uma constituição como rígida. No entanto, a sua presença no texto constitucional serve como um instrumento de estabilidade constitucional. Se com o agravamento do processo revisor se busca proteger o texto constitucional contra a política constitucional precipitada, com os limites materiais se visa proteger a constituição contra o absolutismo da maioria reformadora (SILVA, Gustavo Justa da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 68). Então, define-se inclusive a técnica das cláusulas pétreas como uma rigidez de segundo grau (MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 129).

3.3.3 Limites substantivos expressos

Definem-se os limites substantivos ou materiais como aqueles que identificam o objeto do sistema constitucional e que não podem ser atacados pelo poder de reforma. São também designados como conteúdos fixos, cláusulas irreformáveis, cláusulas pétreas que merecem especial proteção por consistirem na essência da constituição⁴²⁰.

Tradicional no constitucionalismo brasileiro era a previsão da forma federativa e da forma republicana como cláusulas pétreas não previstas apenas nas Constituições de 1824 e 1937. Portanto, tem-se que a Constituição de 1988 não só inovou ao ampliar significativamente o rol de cláusulas superconstitucionais, mas também ao facultar com que o povo brasileiro optasse ou não pela forma republicana por meio de plebiscito previsto no artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com efeito, no parágrafo quarto do artigo 60 da Constituição vigente se expressa que não poderá ser sequer objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

Verifica-se, dessa forma, que o rol de cláusulas pétreas apresenta-se ao mesmo tempo como amplo em relação às Constituições anteriores, porém é enunciado sinteticamente. Assim, surgem muitas questões sobre o sentido normativo destas cláusulas tais como: uma emenda que reduzisse a competência legislativa dos Estados em favor da União seria válida? Os direitos sociais estariam protegidos contra a ação do poder reformador? Quais os limites para reestruturar a repartição de funções entre os poderes públicos diante do princípio da separação dos poderes?⁴²¹

⁴²⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e mudança constitucional...**, p. 176. Alguns autores questionam a importância e a legitimidade das cláusulas pétreas. Vanossi inclusive as define como convites à revolução, visto que só assim é possível suprimi-las. Ademais, remeteriam a uma idéia ultrapassada de direito natural (VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional...**, p. 188-192). Já se tratou desta questão no segundo capítulo, embora de forma mais geral. Porém, o que se argumenta contra esta proposta é justamente o fato das cláusulas pétreas serem limites às gerações futuras, mas que atam de forma positiva, o que acaba por justificá-las.

⁴²¹ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 2

O caminho para responder essas indagações exige que se retome a teoria dos princípios constitucionais, tão cara ao constitucionalismo contemporâneo. A distinção entre princípios e regras não é recente, mas foi retomada significativamente por ser fundamental no que tange à concretização dos direitos fundamentais e, em especial, para delimitar a forma de atuação da jurisdição constitucional⁴²².

Embora muitos autores tratem da distinção entre princípios e regras⁴²³, toma-se como referencial teórico a proposta precisa de Alexy que propugna por uma distinção qualitativa entre as espécies normativas. Diferente do que afirmam as doutrinas que advogam que a distinção entre regras e princípios é de grau⁴²⁴, para Alexy estas normas diferenciam-se qualitativamente quanto à estrutura⁴²⁵.

⁴²² Para uma análise da evolução da doutrina brasileira e da jurisprudência quanto à interpretação constitucional, com especial ênfase para a importância da teoria dos princípios, conferir: BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. t. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 3-59.

⁴²³ Existem outras classificações doutrinárias das espécies normativas. Por exemplo, Humberto Ávila apresenta uma classificação tricotômica: princípios, regras e postulados. Os princípios caracterizam-se por serem “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida por necessária à sua promoção”. As regras, por sua vez, são “imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiomas logicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”. Por fim, os postulados são metanormas, são instrumentos de aplicação dos outros dois tipos de normas. Diferentes dos princípios, não impõem a promoção de um fim, mas estruturam a aplicação do dever de promover um fim. Também, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas sim modos de raciocínio e argumentação relativamente às normas que o fazem. E, diferentes das regras, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação das normas que assim procedem (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88-89, 129). Ronald Dworkin, por sua vez, além de distinguir princípios e regras quanto às dimensões de peso e validade, alerta também para as diferenças existentes entre princípios e diretrizes políticas. As diretrizes políticas são padrões que estabelecem um objetivo a ser alcançado, sendo este em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Já os princípios se amoldam a padrões que devem ser observados não porque podem promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas sim porque são exigências de justiça ou equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério...**, p. 36-46).

⁴²⁴ Essas propostas teóricas realizam a distinção entre princípios e regras com base no grau de generalidade, abstração ou fundamentalidade. Canotilho é um exemplo marcante – principalmente em razão da influência que tem sobre a doutrina jurídica brasileira - de autor que apresenta propostas de distinção neste sentido. Para o autor, existem vários critérios para distinguir princípios e regras: grau de abstração; grau de determinabilidade; caráter de fundamentalidade; proximidade da idéia de direito; natureza normogenética. Contudo, apesar de enunciar estes critérios, Canotilho propugna por uma distinção qualitativa nos termos propostos por Alexy, sem pontuar as incompatibilidades

Os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes e, portanto, apresentam-se como mandamentos de otimização, pois podem ser cumpridos em diferentes medidas. O âmbito das possibilidades jurídicas de realização do princípio é determinado pelos princípios e regras opostos⁴²⁶. A realização completa de um princípio pode ser obstada pela realização de outro, mas isso não acarreta a invalidade de um deles. A colisão entre princípios é resolvida pelo critério do peso ou da ponderação⁴²⁷, prevalecendo, no caso concreto, o princípio que tiver o maior peso sem que se declare inválido o outro^{428 429}.

As regras, por seu turno, são normas que apenas podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra é válida deve se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos, pois contém “determinações” no âmbito do fático e do juridicamente possível⁴³⁰. O conflito entre regras se resolve por meio da introdução de cláusulas de exceção ou da declaração de invalidade de uma das regras baseada nos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade⁴³¹.

(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição...**, p. 1146-1148). Para uma abordagem crítica da recepção da teoria de Alexy no direito brasileiro e da sua conjugação com teoria como a de Canotilho: SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras...**, p. 612-615.

⁴²⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...**, p. 86.

⁴²⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...**, p. 86.

⁴²⁷ Nesse momento, Alexy remete expressamente a teoria dos princípios de Dworkin. Ambos concordam que as normas jurídicas se dividem em regras e princípios, porém Alexy observa que as propostas doutrinárias se distinguem em um ponto essencial que é a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...**, p. 87-88).

⁴²⁸ Alexy observa que a solução da colisão consiste no seguinte: tendo em conta as circunstâncias do caso, estabelece-se entre os princípios uma relação de precedência condicionada. Ou seja, após a ponderação, formula-se uma “lei de colisão” que pode ser assim enunciada “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”. Ademais, como resultado de toda ponderação correta, pode formular-se uma norma de direito fundamental inscrita com caráter de regra sob a qual pode ser subsumido o caso (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...**, p. 90-98).

⁴²⁹ Há uma íntima conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade na medida em que o caráter de princípio de uma norma implica a máxima da proporcionalidade e suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e, a proporcionalidade, por sua vez, pode ser deduzida do caráter de princípio. Assim, da máxima da proporcionalidade em sentido estrito depreende-se que os princípios são mandamentos de otimização relacionados às possibilidades jurídicas e, das máximas da necessidade e da adequação, que os princípios são mandamentos de otimização relacionados às possibilidades fáticas (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...**, p. 111-112).

⁴³⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...**, p. 87.

⁴³¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...**, p. 88.

Portanto, os princípios possuem um caráter *prima facie* e as regras um caráter definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser afastadas por outras razões⁴³², ao passo que as regras exigem que se faça exatamente o que elas ordenam⁴³³.

Nesses termos, interpretar as limitações constitucionais ao poder de reforma como princípios possibilita lhes atribuir diferentes graus de concretização ao mesmo tempo em que se assegura a proteção do núcleo essencial de cada princípio sem engessar o desenvolvimento constitucional. Assim, é possível preservar a identidade constitucional, sem impedir toda e qualquer modificação que se refira de alguma forma às cláusulas pétreas⁴³⁴.

Todavia, quando se pretende aplicar o conceito de princípio como mandamento de otimização aos limites ao poder de reforma constitucional é importante considerar que as questões referentes a esta problemática referir-se-ão à validade de eventuais alterações constitucionais. Ou seja, tratar-se-á de uma discussão em geral abstrata, embora possa ser questionada também sua repercussão no caso concreto, mas que versará necessariamente sobre a permanência ou exclusão de determinada norma constitucional⁴³⁵.

Dessa forma, não se pode aceitar que um princípio-limite recue inteiramente diante de outro, pois esta exclusão abalaria a própria organização constitucional. A eliminação completa – ainda que temporária – da realização de um princípio é inconciliável com a idéia de limites ao poder de reforma. Daí a necessidade de se resguardar sempre o núcleo essencial desses princípios⁴³⁶. A proteção ao núcleo

⁴³² Princípios e regras são razões de tipos diferentes: *prima facie* e definitivas. No entanto, ambos são razões para ações ou razões para normas universais e individuais (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...**, p. 102).

⁴³³ Alexy pondera, no entanto, que não se pode pensar que todos os princípios têm um mesmo caráter *prima facie* e as regras o mesmo caráter definitivo, sendo necessário elaborar um modelo diferenciado. É possível pensar em hipóteses em que a regra perde seu caráter definitivo para decisão do caso o que se dá com a introdução da cláusula de exceção (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...**, p. 98-101).

⁴³⁴ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 236.

⁴³⁵ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 243.

⁴³⁶ A teoria do núcleo essencial foi desenvolvida tendo em vista especificamente as colisões entre princípios que consagram direitos fundamentais. Algumas constituições prevêm expressamente a proteção do núcleo essencial, por exemplo, a Constituição Alemã no artigo 19.2, a Constituição Portuguesa no artigo 18.3 e a Constituição Espanhola no artigo 53.1. Mais especificamente, a garantia do núcleo essencial visa controlar a atividade legislativa de concretização dos direitos fundamentais, impedindo excessos lesivos no momento da regulamentação. Controlar

essencial dos princípios-limites deixa claro também que não são os aspectos contingentes dos princípios que estão imunes ao poder reformador⁴³⁷.

A própria formulação encontrada no texto constitucional que proíbe propostas de emenda “tendente a abolir” as cláusulas pétreas respalda a interpretação de que é a lesão ao conteúdo essencial do princípio que é considerada ilícita, mas não uma alteração que se configure como um aperfeiçoamento, um aumento do âmbito de proteção dos limites materiais⁴³⁸.

A restrição da amplitude da proteção conferida por um princípio-limite também é justificável, mas desde que seja resultado de uma ponderação entre aquele princípio e algum outro princípio ou se dê em razão de uma redução das condições fáticas de sua realização. Não seria razoável e justificável aceitar que a proteção seja simplesmente diminuída. Tratar-se-ia de uma tendência a abolição do princípio⁴³⁹.

Não se nega que há riscos em propugnar por essa forma de interpretação dos limites materiais, pois pode levar a uma interpretação demasiadamente restritiva do âmbito de proteção das cláusulas pétreas⁴⁴⁰. A própria definição do conteúdo essencial dos princípios é muito difícil. Ao tratar da estrutura dos direitos

não no sentido de impedir toda e qualquer limitação, mas sim aquelas que não respeitem o conteúdo essencial do direito fundamental. (LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, ano 41, n.164, p. 7-15, out./dez. 2004, p.7). Nestes termos, pode-se afirmar que o núcleo essencial consubstancia um feixe intocável dos direitos fundamentais que é protegido contra as intervenções (FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Curitiba, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 31). Sobre o tema conferir também: MELO, Sandro Nahmias. A garantia do conteúdo dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 11, n. 43, p. 82-97, abril/jun. 2003. Não obstante a teoria do conteúdo essencial ter sido formulada para tratar dos direitos fundamentais, é defensável que todos os princípios constitucionais apresentam um conteúdo essencial.

⁴³⁷ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 244-245.

⁴³⁸ Por exemplo, as Emenda Constitucional n. 26/2000 alterou o artigo 6º da Constituição Federal, inserindo o direito à moradia como um direito social. Da mesma forma, a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII no artigo 5º estabelecendo como direito fundamental a razoável duração do processo. Tais alterações vieram para ampliar o âmbito de proteção inicialmente previsto pelas cláusulas pétreas.

⁴³⁹ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 252-253.

⁴⁴⁰ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 245.

fundamentais, Martin Borowski aponta a existência de três teorias sobre o tema: teoria relativa do conteúdo essencial, teoria absoluta e teoria mista⁴⁴¹.

A teoria relativa afirma que o conteúdo essencial é determinado a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade. As restrições que respondem ao princípio da proporcionalidade não lesionariam a garantia do conteúdo essencial ainda que no caso particular não se assegure nada do direito fundamental. Portanto, a garantia do direito fundamental se reduz ao princípio da proporcionalidade⁴⁴².

A teoria absoluta do conteúdo essencial, por sua vez, postula que existe um núcleo fixo, que não depende de ponderação. O conteúdo essencial já está fixado de antemão. Contudo, para Borowski é muito difícil definir este conteúdo, pois as disposições constitucionais geralmente são curtas e indeterminadas⁴⁴³. Inclusive, Alexy aponta que para a teoria absoluta afirmar que não existem razões superiores a determinadas razões, acaba se baseando na teoria relativa⁴⁴⁴.

Por fim, Borowski apresenta a teoria mista do conteúdo essencial que propugna pela existência do núcleo fixo e de uma zona ao seu redor que pode ser flexibilizada com o princípio da proporcionalidade. Não obstante, subsiste aqui o problema da definição do conteúdo essencial, motivo pelo qual Borowski sustenta como melhor opção a teoria relativa⁴⁴⁵.

Mas note-se que a teoria absoluta e a relativa estão sujeitas a críticas⁴⁴⁶, havendo muita discussão a respeito do tema⁴⁴⁷. Contudo, sustenta-se que é possível

⁴⁴¹ Há também uma discussão se o conteúdo essencial pode ser estabelecido segundo uma norma objetiva ou um direito subjetivo. Nos termos da teoria objetiva, exige-se a consideração global do problema, pois os dispositivos que trazem os direitos fundamentais são parte de todo o ordenamento jurídico. Então, admite-se que um direito fundamental possa não ser aplicado a um particular sem que isso afete o conteúdo essencial sempre que continue vigente para as demais pessoas. Por outro lado, a teoria subjetiva postula que é necessário examinar a gravidade da limitação do direito em relação ao indivíduo afetado, pois é ele, e não a coletividade, o sujeito deste direito (LOPES, Ana Maria D'Avila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais...**, p. 8). Sobre o tema, Alexy afirma que os direitos fundamentais são primariamente posições dos indivíduos e, portanto, uma interpretação objetiva pode aparecer ao lado da teoria subjetiva, mas nunca substituí-la (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...**, p. 87).

⁴⁴² BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales...**, p.98-99.

⁴⁴³ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales...**, p.99-100.

⁴⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...**, p.290-291.

⁴⁴⁵ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales...**, p.100-101.

⁴⁴⁶ A crítica que se faz a teoria relativa é que a função do conteúdo essencial no seu âmbito é puramente argumentativa uma vez que o fundamento da limitação não está no juízo acerca do conteúdo essencial, mas sim no juízo sobre a própria limitação. Desta maneira, poder-se-ia chegar à mesma conclusão sem fazer menção ao núcleo essencial (MELO, Sandro Nahmias. **A garantia do conteúdo dos direitos fundamentais...**, p. 95).

a partir de considerações teóricas e também com base no direito positivo tentar identificar pontualmente o núcleo essencial de cada limite material ao poder de reforma previsto expressamente na Constituição Brasileira de maneira suficiente para distinguir entre uma modificação válida e uma inválida da configuração dos limites ao poder de reforma⁴⁴⁸.

Então, como proposta para solucionar as questões referentes à temática das cláusulas pétreas tem-se o tratamento dos limites materiais ao poder de reforma como princípios constitucionais o que permite afirmar que a sua realização varia de acordo com as condições fáticas e jurídicas, mas sem olvidar da proteção ao núcleo essencial. O raciocínio torna-se mais claro a partir da análise específica de cada cláusula pétrea.

Primeiro, quanto à forma federativa, cláusula pétrea tradicional no direito brasileiro, há que se pontuar qual o núcleo essencial do princípio federativo no direito brasileiro. Com efeito, as notas características são as seguintes: descentralização política fixada na Constituição ou repartição constitucional de competências; participação das ordens jurídicas parciais na formação da vontade nacional; possibilidade de autoconstituição ou autonomia política e também atribuição de renda própria às esferas de competência⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Não obstante, quanto às cláusulas pétreas, a posição do Supremo Tribunal Federal aproxima-se mais da teoria absoluta do núcleo essencial. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 2024/DF, discutia-se a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.20/98 por ferir o princípio federativo. Respalado em vários precedentes da Corte, o Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhado pelos demais, afirmou que não se coíbem todas as restrições aos limites materiais, mas apenas as que agridam o seu núcleo essencial que deve ser preservado em qualquer caso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2024/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 27/10/1999, publicada em 01/12/2000).

⁴⁴⁸ Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o núcleo essencial do bem constitucional protegido é sempre constituído pela essência do princípio, não por seus elementos circunstanciais, cuidando-se, assim, daqueles elementos que não podem ser suprimidos sem acarretar alteração substancial no seu conteúdo e estrutura (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 427). Também, Ana Paula de Barcellos, quando trata da definição do núcleo essencial dos direitos fundamentais, afirma que, apesar dos problemas apresentados pela teoria absoluta do núcleo essencial e da sua própria inviabilidade, é possível por meio da reflexão abstrata e do estudo dos precedentes judiciais que se busque construir os sentidos próprios de cada direito. Trata-se de esforço que não produzirá um núcleo duro, permanente ou não-histórico – nem se deseja fazê-lo – mas apenas suficiente para funcionar como uma baliza para interpretar as restrições aos direitos fundamentais (BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 144-145).

⁴⁴⁹ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 2

Interpretar a federação como um princípio constitucional possibilita que se viabilize um aperfeiçoamento da estrutura estatal federativa sem que seja necessária uma ruptura constitucional⁴⁵⁰. Nestes termos, caso a federação tivesse a conformação de uma regra constitucional não seria válida uma emenda constitucional que reestruturasse a distribuição constitucional de competências conferindo maior autonomia financeira aos Municípios, pois esta emenda estaria alterando a disciplina original da Constituição de 1988 conferida à federação⁴⁵¹.

Contudo, a natureza principiológica da cláusula pétrea federativa não deixa de obstar uma emenda constitucional que transfira competências dos Estados-membros, Município e Distrito Federal à União, já bem privilegiada em termos de

⁴⁴⁹ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional...**, p. 63; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 15-18. Temer também alude a dois requisitos necessários não para a caracterização da federação, mas para sua manutenção, quais sejam: rigidez constitucional e existência de um órgão constitucional incumbido do controle da constitucionalidade.

⁴⁵⁰ Nesse sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que é possível sim um aperfeiçoamento do sistema federativo, pois as particularidades são plenamente ajustáveis e passíveis de acomodação (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de estado na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**, ano 4, n. 14, p. 16-26, jan./março, 1996).

⁴⁵¹ O modelo federativo brasileiro é definido como cooperativo. O federalismo cooperativo ou de integração se contrapõe ao federalismo dual na medida em que há o entrelaçamento das esferas de poder central e local, bem como uma distribuição mais equitativa da renda nacional mediante a técnica das receitas compartilhadas e a previsão de competências concorrentes ou comuns em determinados assuntos. O federalismo dual - primeira formulação do modelo norte-americano - caracteriza-se pela distribuição vertical de competências e previsão de tributos exclusivos para cada ente federativo. No Brasil, assim como nos Estados Unidos, ocorreu a transição do federalismo dual para o cooperativo principalmente por razões sócio-econômicas. Sobre a transição no Brasil: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil...**, p. 29-33. Para uma análise da transição nos Estados Unidos: SCHWARTZ, Bernard. **O federalismo norte-americano atual**. Tradução: Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 26-45. Todavia, Bonavides defende uma outra conformação para o federalismo brasileiro que reconheça como entes da federação as regiões, as quais apareceriam como uma terceira força entre o Estado-membro e o poder central. O autor defende um regionalismo centrífugo, fundado sobre o princípio federativo de cooperação pelo consentimento, diverso do que denomina "cooperativismo de compulsão". Com efeito, o regionalismo pode ser operado tanto como instrumento para conservação do Estado unitário (caso da Itália e da Espanha), preservando-o da desagregação, como para conservação do Estado federal (caso brasileiro), prevenindo do excesso de centralização da União. A proposta do autor passa por dois momentos distintos: no primeiro, a Região se insere no Estado e, no segundo, a Região se coloca fora do Estado para seguir um processo autônomo que a converte em ente federativo (BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 53-77). Caso se chegue à conclusão que, de fato, a regionalização é a melhor alternativa para o Brasil, nada obstará um aperfeiçoamento da estrutura federativa via emenda constitucional, porém, desde que fossem mantidos os elementos básicos do princípio federativo.

competências na Constituição de 1988⁴⁵². Referida emenda atingiria um elemento que compõem o núcleo essencial do princípio federativo que é justamente a descentralização política e a autonomia dos entes federados.

Uma vez analisada – ainda que de forma sintética - a conformação da federação nos termos da ordem constitucional posta, há que se abordar outra questão problemática referente à cláusula pétrea federativa. Nos termos propostos pela democracia constitucional, apenas são legítimas e justificáveis limitações ao processo democrático que se prestem a incrementá-lo. Ou seja, limitações que atem de forma positiva e que visem preservar a própria democracia.

Então, surge a indagação: a federação constitui um componente necessário para a preservação da democracia? Paulo Napoleão Nogueira da Silva, por exemplo, afirma categoricamente que a proteção especial conferida à cláusula federativa prestou um desserviço à doutrina jurídica e à cultura geral brasileira. Para o autor, a cláusula pétrea federativa fez com que se ignorassem outras formas de organização político-administrativas inclusive no âmbito teórico e entende que sua existência é insustentável em face do livre exercício da soberania popular⁴⁵³.

De fato, dentre as cláusulas pétreas previstas pela Constituição de 1988 a federação é a que exige uma maior reflexão quanto a sua compatibilidade com a idéia de autogoverno⁴⁵⁴. Não é evidente que a federação é um limite constitutivo da

⁴⁵² A organização federativa vige no Brasil desde 1889. A adoção do modelo federal se deu aliada às aspirações republicanas e também respaldada nas dimensões continentais do país e nas diferenças sócio-culturais entre as diversas regiões. A primeira formulação do federalismo brasileiro adotou as principais características do modelo norte-americano, em especial, a coexistência de duas esferas de governo distintas: uma nacional e outra estadual. Contudo, sempre se contemplou no Brasil como um terceiro nível político-administrativo o municipal, embora apenas com a Constituição de 1988 tenha sido reconhecido juridicamente como ente da federação. Mas o interessante de se observar é que a federação brasileira sempre alternou momentos de descentralização com de exagerada centralização. Em alguns períodos, os entes parciais foram muito prestigiados (exemplo, logo após a adoção da forma federativa), ao passo em que em outros grande parte das competências e dos recursos foram concentrados na União (durante a fase posterior ao movimento político-militar de 1964). Com a Constituição de 1988, verificou-se uma fase de descentralização do sistema, mas, mesmo assim, a União acabou retendo grande parte das competências e das rendas. Sobre o tema: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil...**, p. 22-29.

⁴⁵³ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Princípio democrático e estado legal...**, p. 48-55.

⁴⁵⁴ A proteção do voto direto, secreto, universal e periódico evidentemente não afronta a democracia, pois é um instrumento voltado á sua realização. O princípio da separação dos poderes é um dos pilares do constitucionalismo democrático que conjuga as idéias democráticas com as do Estado de Direito, assim como os direitos fundamentais. Sobre o tema: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 243-246. Para uma análise dos direitos fundamentais

própria idéia de democracia na medida em que diversas nações democráticas adotam uma forma unitária de organização como, por exemplo, a Noruega e a Espanha (forma unitária autonômica)⁴⁵⁵.

Contudo, Vieira pondera que em uma nação de vasto território e com uma tradição de centralização do poder na esfera do governo federal, o princípio federativo é de especial importância para o desenvolvimento da democracia. Isso se dá porque ao reservar determinada esfera de competência ao poder local o princípio federativo impõe limites ao poder central e favorece o espaço de autonomia dos indivíduos e das coletividades locais. Além do mais, a aproximação dos cidadãos de seus representantes favorece a participação nos negócios públicos e um controle das autoridades. Desta maneira, é possível sustentar que no contexto brasileiro o princípio federativo tenderia a favorecer a democracia e a proteção dos direitos⁴⁵⁶.

As demais cláusulas pétreas não são de difícil compatibilização com a democracia, pelo contrário, são condições para sua melhor realização. Assim, é necessário apenas tentar delimitar o conteúdo essencial destas para que se possa servir de parâmetro para aferir a validade de alterações constitucionais.

A proteção ao voto direto, secreto, universal e periódico formulada desta maneira assume muito mais a configuração de uma regra constitucional do que um

como condições para a democracia: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. **Arquivos de direitos humanos**, Rio de Janeiro, vol. 4, p. 17-61, 2002.

⁴⁵⁵ A referência a países desenvolvidos que adotam como forma de organização a unitária é um dos argumentos de Silva para refutar a importância da cláusula pétrea federativa (SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Princípio democrático e estado legal...**, p. 49).

⁴⁵⁶ Note-se, porém, a defesa da federação como cláusula pétrea não se dá sem aporias por não ser por si só uma condição de realização da dignidade humana e da democracia. Ademais, a própria Constituição de 1988 não concretizou o princípio federativo revelando todas as suas potencialidades, sendo, portanto, legítimas reformas que ampliem a autonomia local. Vieira trabalha também com um exemplo interessante e que de certa forma foi concretizado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 que previu a federalização dos crimes contra direitos humanos. Dada uma hipotética emenda que permite à Justiça Federal apurar violações de direitos humanos perpetradas por funcionários dos Estados, reduzindo, assim, as competências judiciais dos Estados, haver-se-ia que ponderar entre os benefícios trazidos aos direitos humanos e as perdas relativas ao princípio federativo. Neste confronto, entre a cláusula pétrea que protege a dignidade humana e a que assegura estrutura federativa, dever-se-ia optar pela primeira e um dos motivos é justamente o fato da federação não ser um valor em si (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 241-242). Em sentido contrário, João Ricardo dos Santos Costa afirma que a federalização dos crimes contra direitos humanos é inconstitucional, visto que violadora do princípio do juiz natural e o princípio da separação dos poderes. O autor analisou o tema quando ainda fazia parte de uma proposta de emenda (COSTA, João Ricardo dos Santos. Federalização dos denominados crimes contra os direitos humanos: equívocos baseados em casuísmos e falsos paradigmas. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, n. 92, p. 33-49, dez. 2003.

princípio. De fato, há momentos em que a própria Constituição excepcionou a aplicação desta regra, por exemplo, ao prever a eleição indireta para Presidente da República na hipótese prevista no parágrafo primeiro do artigo 81⁴⁵⁷ ⁴⁵⁸. Mas não se nega que a norma realiza uma determinação no âmbito do fático e jurídico. Contudo, trata-se de um limite que revela um instrumento voltado à realização da democracia. Portanto, afirma-se que com esta previsão consagrou-se a própria democracia mediante alusão a apenas um aspecto particular do princípio⁴⁵⁹.

De maneira geral, tem-se que o cerne do princípio democrático é a exigência da origem popular do poder que se expressa principalmente no caráter eletivo das instâncias de decisão política, estando esta eletividade sujeita a uma participação popular⁴⁶⁰. Nestes termos, tem-se que a previsão constitucional deste limite material não obsta uma alteração que amplie os demais instrumentos voltados para realização da democracia, tais como, os mecanismos de participação popular direta e de proteção de minorias políticas⁴⁶¹.

Já o princípio da separação dos poderes consagra a idéia de separação das funções estatais entre órgãos distintos e autônomos. Contudo, não se concebe uma separação absoluta, tendo sim o princípio como nota característica a idéia de exercício predominante de um órgão das funções executiva, legislativa e judiciária. Ao lado destas funções predominantes, denominadas funções típicas, há outras chamadas atípicas, que são realizadas subsidiariamente pelos outros órgãos com vistas a garantir a própria autonomia e independência. Portanto, o que se tem não é uma separação de poderes, mas sim uma coordenação entre os órgãos em certas

⁴⁵⁷ Dispõe o artigo que “vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga. §1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei”.

⁴⁵⁸ Em outro sentido, Agra propõe que se interprete o parágrafo primeiro para não ocorrer incompatibilidades da seguinte forma: não se prevê a eleição indireta pelos membros do Congresso, mas apenas significa que o Congresso deve designar as formas legais para sua realização, marcando data, mas quem escolhe os representantes é o povo, mantendo inviolada a cláusula pétrea (AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 206).

⁴⁵⁹ SILVA, Gustavo Justa da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 103; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 243.

⁴⁶⁰ SILVA, Gustavo Justa da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 130-131.

⁴⁶¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 243.

tarefas, onde cada um participa, de forma limitada e secundária, da função do outro, que conserva a sua, ensejando, assim, um funcionamento harmônico⁴⁶².

No cenário constitucional brasileiro, cabe ao Legislativo, preponderantemente, legislar, inovar de forma geral e abstrata na ordem jurídica, ao Executivo administrar e o Judiciário julgar. Observam-se, todavia, vários pontos de contato onde cada órgão exerce atividades que não correspondem a sua função precípua⁴⁶³, bem como são previstas hipóteses de controles recíprocos entre os poderes⁴⁶⁴.

No entanto, trata-se de muito mais que um mecanismo organizador das funções estatais, pois acaba revelando a própria idéia de Estado de Direito. Com base no princípio da separação de poderes é que se reconhece a exigência de lei geral e abstrata, aprovada pelos representantes do povo, como a única forma de vincular as condutas dos indivíduos. Além disto, a separação de poderes impõe limites ao Executivo, submetendo-o a lei e assegura a independência do Judiciário⁴⁶⁵.

A sua concretização pode ser aperfeiçoada desde que não restrinja esta idéia elementar de separação e coordenação de funções⁴⁶⁶. Assim, por exemplo, a Emenda Constitucional n. 32/2001 que restringiu o âmbito das matérias tratáveis por medida provisória e impôs um número limitado de reedições possíveis deve ser

⁴⁶² Sobre o tema: AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 173; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223-224; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21-44; CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 327.

⁴⁶³ A Constituição prevê que o Judiciário gerencie toda administração de seu pessoal e de seus serviços (artigos 93, X e 96) e elabore seus regimentos internos (artigo 96, I, a), bem como atribui competência legislativa ao Executivo (artigo 62) e ao Legislativo a competência para administrar seu pessoal e serviços (artigos 51, IV e 52, XIII) e para processar e julgar os crimes de responsabilidade (artigo 52, I).

⁴⁶⁴ A Constituição atribui ao Judiciário a competência para apreciar a constitucionalidade e a legalidade dos atos do Legislativo e do Executivo (artigos 5º, LXIX, 102, I, a e 125, §2º). De outro lado, os órgãos de cúpula do Judiciário são integrados mediante nomeação do Presidente da República com prévia aprovação dos nomes pelo Senado Federal (artigos 101 e 104). Ao Executivo, a Constituição conferiu a iniciativa privativa para o processo legislativo em algumas matérias (artigo 61, §1º) e o poder de veto (artigo 66, §1º). Já ao Legislativo, também se atribui competência para aprovar previamente a escolha de nomes indicados para vários cargos da Administração (artigo 52, III e IV), exercer o controle do endividamento público (artigo 52, V a IX), fiscalizar atos do Executivo (artigo 49, V).

⁴⁶⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 244.

⁴⁶⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça...**, p. 244.

considerada válida, pois não lesionou o núcleo do princípio da separação das funções, mas apenas o reforçou na medida em que diminuiu as possibilidades do órgão executivo exercer a função precípua do órgão legislativo⁴⁶⁷.

A grande discussão existente no tratamento dos limites materiais reside no âmbito de proteção conferido pelo inciso IV do artigo 60 que estabeleceu como limites materiais os “direitos e garantias individuais” por meio de uma redação tímida, cuja interpretação literal pode diminuir sobremaneira a “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais⁴⁶⁸.

Há basicamente duas linhas de argumentação para sustentar que não apenas os direitos de defesa ou de primeira dimensão consistem em limites materiais. A primeira afirma que os direitos sociais são limites implícitos ao poder de reforma, pois com a incorporação destes ao constitucionalismo redefiniram-se os próprios direitos de liberdade, cuja realização passou a exigir também a proteção dos direitos sociais na medida em se constituem em condições sociais do exercício efetivo das liberdades⁴⁶⁹.

A definição de limites implícitos é objeto de análise do próximo item. Mas, adiante-se que não é pacífica principalmente quanto à delimitação dos limites materiais implícitos. Então, outra forma de solucionar este problema é no sentido

⁴⁶⁷ O Supremo Tribunal Federal decidiu também o importante caso em que se alegava, entre outras questões, que a criação pela Emenda Constitucional n.45/2004 do Conselho Nacional de Justiça violaria o princípio da separação dos poderes por restringir a independência do Judiciário. O argumento foi rejeitado, pois se entendeu que o Conselho não restringe a imparcialidade judicial, visto que, na qualidade de órgão integrante do Poder Judiciário, realiza apenas um controle administrativo, financeiro e disciplinar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3367/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso, julgada em 13/04/2005, publicada em 17/03/2006).

⁴⁶⁸ Com a redação do artigo 60, §4, inciso IV possibilitaram-se interpretações como a sustentada por Octavio Bueno Magano. Para o autor, há que se repelir o entendimento de que a alusão do inciso aos direitos e garantias individuais abrange os direitos sociais, tendo em vista que esta idéia é facilmente afastada pela consideração simples de que, se houvesse sido este o intuito do Constituinte de 1988, teria sido usado a expressão genérica “direitos fundamentais”. Ainda, sugeri que na revisão constitucional então vindoura dever-se-ia retirar da Constituição todos os itens do capítulo referente aos direitos sociais, que, pelo seu particularismo, não mereceriam lá permanecer (MAGANO, Octavio Bueno. Revisão constitucional. **Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**, ano 2, n. 7, p. 108-112, abril/jun., 1994).

⁴⁶⁹ SILVA, Gustavo Justa da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 130-138. Também, há a defesa de que os direitos sociais integram a própria identidade da Constituição de 1988, sendo, portanto, limites implícitos ao poder de reforma. Neste sentido: BEDÊ, Fayga Silveira. **A intangibilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais na Constituição...**, p. 122-129.

proposto por Sarlet⁴⁷⁰. O autor afirma que os limites materiais não podem ser identificados apenas com os direitos de defesa ou com os prestacionais, mas sim com os direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva, tendo em conta que o indivíduo que é o titular do direito à saúde, assistência social, aposentadoria. Inclusive, o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado pode ser reconduzido a uma dimensão individual⁴⁷¹.

Ademais não é possível relacionar os direitos individuais apenas aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, que assumem preponderantemente a feição de direitos a ações negativas ou direito de direitos de defesa.

Primeiro, porque no artigo 5º também existem vários direitos que assumem preponderantemente a feição de direito a ações positivas como, por exemplo, o previsto no inciso LXXVI⁴⁷². Da mesma forma, existem determinados direitos que têm evidente conteúdo social, mas que assumem a forma de direitos a ações negativas, como o direito de greve previsto no artigo 9º da Constituição Federal⁴⁷³.

Isso se dá porque o que distingue os direitos fundamentais não é propriamente o conteúdo social que apresentam, mas sim as posições jurídicas que atribuem aos indivíduos. Assim, tem-se que as normas de direitos fundamentais

⁴⁷⁰ Note-se, porém, que Sarlet não discorda do argumento de que os direitos sociais consistiriam em limites implícitos ao poder reformador. Inclusive, afirma que o argumento exposto nesta dissertação – da titularidade individual dos direitos – é apenas uma razão entre outras para considerar os direitos sociais como limites ao poder de reforma. Sobre o tema: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 12, n. 46, p. 42-73, jan. /mar., 2004, p. 61; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p.432.

⁴⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p.431.

⁴⁷² Artigo 5º, inciso LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito.

⁴⁷³ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 108. A respeito do tema, Luís Roberto Barroso assevera que as normas que consagram os direitos sociais investem os jurisdicionados em posições jurídicas de três grupos: as que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção, como o direito de greve; as que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, como à proteção da saúde e previdência social, observando que a ausência de prestação será sempre inconstitucional e sancionável e posições jurídicas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora. Barroso ressalva que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder os direitos, concedendo ela própria. Portanto, ao legislador incumbe tão somente instrumentalizar sua realização e faltando com este dever dá ensejo a inconstitucionalidade por omissão (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 108-112).

atribuem aos indivíduos três posições jurídicas básicas: direitos a algo, liberdades e competências⁴⁷⁴. Contudo, um mesmo dispositivo da Constituição pode trazer normas de direitos fundamentais que atribuam posições jurídicas subjetivas diferenciadas ao seu titular, embora se apresente como preponderante uma feição⁴⁷⁵.

Segundo motivo que desautoriza a correlação restritiva entre limites materiais e artigo 5º da Constituição Federal consiste no fato deste dispositivo não apresentar um rol taxativo de direitos fundamentais⁴⁷⁶. Mesmo os direitos fundamentais a ações negativas não se esgotam nos arrolados no artigo 5º. Aliás, este foi o entendimento do próprio Supremo Tribunal no julgamento da paradigmática ação direta de inconstitucionalidade n. 939-7, na qual, além de assentar-se a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma emenda constitucional⁴⁷⁷, afirmou-se

⁴⁷⁴ As liberdades jurídicas consistem em posições jurídicas subjetivas que habilitam o indivíduo tanto a agir como a não agir de determinada maneira. As competências criam a possibilidade de atos jurídicos e a capacidade de modificar situações jurídicas. Já os direitos a algo englobam os direitos a ações negativas e a ações positivas por parte do Estado. Os direitos a ações negativas (direito de defesa) abarcam os direitos a que o Estado não impeça determinadas ações, não afete determinadas propriedades ou situações e não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito. Os direitos às ações positivas se dividem em direitos a prestações fáticas e direitos a prestações normativas. Daí a diferença da classificação de Alexy com as demais que dividem os direitos fundamentais em direitos prestacionais e direitos de defesa. Os direitos a ações positivas englobam também os direitos a prestações normativas, não apenas os prestacionais em sentido estrito, ou seja, os direitos a prestações fáticas (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales...**, p. 186-244).

⁴⁷⁵ Exemplificando, do disposto artigo 5º, *caput* da Constituição Federal pode-se extrair: a) norma que veda a pena de morte, ou seja, um direito a ação negativa; b) norma que atribuir ao particular o direito a ação positiva do Estado para obstaculizar que terceiros lhe ameacem a vida; c) norma que atribui ao particular direito a ação negativa do Estado para não privá-lo dos meios necessários para sua subsistência; d) norma que atribui ao particular direito a ação positiva do Estado que lhe assegure a sobrevivência, como direito a tratamento médico gratuito, quando não dispuser dos meios materiais para arcar com as despesas (MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais...**, p. 104).

⁴⁷⁶ O que consta expressamente no parágrafo 2º do próprio artigo 5º da Constituição Federal. Tal dispositivo revela uma cláusula de abertura dos direitos fundamentais e traduz o entendimento de que além do conceito formal de direitos fundamentais, há um conceito material, pois existem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância integram os direitos fundamentais da Constituição, mesmo que não constem expressamente no catálogo (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 93).

⁴⁷⁷ Muito já se discutiu quanto à possibilidade de controle jurisdicional das emendas constitucionais, embora a maior parte da doutrina o aceite de longa data. Sobre o tema: SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p. 108-114. Tal discussão foi de certa forma pacificada com a decisão proferida na Ação direta de inconstitucionalidade n. 939-7-DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 939-7-DF. Relator: Ministro Sydney Sanches, julgada em 15.12.1993, publicada em 18.03.1994). Atualmente, a discussão recai mais sobre a forma com que o judiciário deve exercer a fiscalização da constitucionalidade, atuando ou de forma contida ou mais ativa. Trata-se de tema que merece um

como limite material ao poder reformador os direitos fundamentais previstos fora do catálogo do artigo 5º da Constituição Federal⁴⁷⁸.

Portanto, tem-se que o âmbito de proteção do artigo 60, §4, inciso IV da Constituição Federal se reconduz aos direitos e garantias fundamentais de titularidade individual. Não se trata, repita-se, de uma cláusula de intangibilidade, pois o que se veda é uma tendência à abolição ou uma abolição efetiva, uma restrição ao núcleo essencial de cada direito^{479 480}.

trabalho específico, pois remete a difíceis questões como o papel da jurisdição constitucional no cenário democrático. Sobre o tema: GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno...**, p. 47-172; NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa...**, p. 258-302; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa...**, p. 178-189. Uma postura interessante foi apresentada por Daniel Sarmento no painel “O princípio da separação de poderes na dimensão do Século XXI” realizado no dia 13/11/2006 no IX Congresso Ibero-americano de Direito Constitucional e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Sarmento ponderou que a postura do Judiciário na fiscalização das emendas constitucionais deve variar em razão do *quorum* com que foram aprovadas. Por exemplo, em face de uma emenda aprovada com um *quorum* alto a postura deveria ser de contenção e a sua invalidade dependeria de uma argumentação mais intensa (SARMENTO, Daniel. Palestra. In: **IX Congresso Ibero-americano de Direito Constitucional e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba, 13 de outubro de 2006). Mas mesmo assim a questão é problemática principalmente quando estiver em jogo a proteção de direitos fundamentais.

⁴⁷⁸ No caso, discutia-se a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/93 e da Lei Complementar n. 77/93 no que toca à criação do imposto provisório sobre movimentação financeira (IPMF). Um dos motivos para a declaração de inconstitucionalidade foi a violação do princípio da anterioridade tributária (artigo 150, inciso III da Constituição Federal). Reconheceu-se que por força do artigo 5º, §2º da Constituição Federal o princípio constitui um autêntico direito fundamental. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 939-7-DF. Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ 18.03.1994). Sobre o tema: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p.85; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça...**, p. 160-169.

⁴⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p.434.

⁴⁸⁰ Note-se que apesar de ser possível buscar quais os elementos mínimos que definem um direito fundamental, seu núcleo essencial apenas pode ser exatamente delimitado no caso concreto. Trata-se de uma tarefa complexa, principalmente quando se tem que definir o âmbito de proteção dos direitos a ações positivas previstos, de regra, de forma pouco detalhada no texto constitucional. Algumas diretrizes podem ser buscadas a partir do conteúdo necessário para proteção da dignidade humana e do mínimo existencial. Ademais, quando se tratar de um direito prestacional já concretizado pela legislação infraconstitucional, deve-se tomar esta disciplina como parâmetro também. Em outros termos, há que se levar em conta também a idéia de proibição de retrocesso social. Com efeito, o princípio implícito da vedação de retrocesso social reflete em última análise a proteção da segurança jurídica e social e deriva dos princípios consagradores do Estado de Direito e do Estado Social. Refere-se mais diretamente à questão de até que ponto o legislador infraconstitucional pode voltar atrás no que diz respeito à implementação de direitos sociais, preocupando-se com as medidas retrocessivas, mas que não podem ser tratadas como propriamente retroativas, pois não alcançam necessariamente as figuras do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, n. 95, p. 103-135, set. 2004). Sobre o assunto, conferir também: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito sociais...**, p. 69-72; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p.434-467; BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira

3.3.4 Limites implícitos

Não obstante a previsão de limites constitucionais expressos ao poder reformador, de maneira geral a doutrina aponta também para a existência de limites implícitos ao poder de reforma⁴⁸¹. Trata-se de uma questão de difícil tratamento tendo em conta que, apesar da grande maioria dos autores reconhecer a existência de limites implícitos ao poder reformador, não há um consenso firme a respeito de quais são estes limites e, tampouco, o estabelecimento de balizas jurisprudenciais.

Há duas posições cuja menção é clássica quando a doutrina brasileira trata do tema. A primeira refere-se à concepção de Schmitt sobre o assunto. No âmbito de sua peculiar teoria da constituição, Schmitt analisa os limites da reforma constitucional e afirma que esta pode ser levada a efeito desde que permaneçam garantidas a identidade e a continuidade da constituição. Portanto, a reforma constitucional deve se restringir a praticar, nas prescrições legal-constitucionais, reformas, adições e supressões, porém, sem substituir a própria constituição⁴⁸².

(Coord.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 89-118; MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.) **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 379-424. A respeito da definição de mínimo existencial: TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**. n. 177, jul. /set. 1989; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...**, p. 141-199.

⁴⁸¹ A idéia de limites implícitos ao poder reforma existe praticamente desde que se estabeleceu o conceito político-liberal de constituição. Tal conceito aparece refletido no artigo 16 da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 onde se consagra que toda sociedade na qual a garantia de direitos não está assegurada, nem a separação de poderes estabelecida, carece de constituição. Desta forma, assentou-se que qualquer reforma atentatória contra estes princípios deveria ser interpretada não como uma modificação do ordenamento constitucional, mas como sua própria destruição (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente...**, p. 267-268). No entanto, apesar de boa parte da doutrina reconhecer a existência de limites implícitos ao poder reformador inclusive como uma decorrência lógica da sua condição de poder constituído, há também dissenso nese tópico. Para uma análise das correntes contrárias à existência de limites implícitos: QUINTANA, Segundo V. Linares. **Derecho constitucional e instituciones políticas...**, p. 453.

⁴⁸² Um dos exemplos levantados por Schmitt para explicar a destruição de uma constituição é o da transferência do poder constituinte do povo para o monarca. Para o autor, uma constituição baseada no poder constituinte do povo não pode ser transformada em uma constituição de princípio monárquico por meio de uma reforma ou de uma revisão das leis constitucionais. Tratar-se-ia não de uma reforma, mas sim da destruição da constituição (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 119).

A manutenção da identidade constitucional atua como um limite mesmo nos casos em que a reforma total da constituição é prevista⁴⁸³. Schmitt exemplifica com a Constituição Suíça que tem uma base democrática de fundamentação, mas que prevê a sua reforma total. Para o autor, não se pode aceitar a supressão desta base democrática ainda que por meio de uma revisão total, pois esta é a sua característica essencial⁴⁸⁴.

Já a segunda referência constante é a argumentação trazida por Sampaio no seu livro clássico sobre poder reformador. Trata-se de obra publicada pela primeira vez em 1954, mas a qual constantemente se recorre para afirmar a existência de limites implícitos ao poder de reforma constitucional.

Na época, a Constituição Brasileira vigente previa como limites materiais expressos ao poder de reforma apenas a federação e a república. Contudo, Sampaio sustentou a existência de quatro limites implícitos ao poder reformador: 1) normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais; 2) normas concernentes ao titular do poder constituinte; 3) normas referentes ao titular do poder reformador; 4) normas relativas ao processo de emenda ou de revisão constitucional⁴⁸⁵.

A discussão quanto aos direitos fundamentais consistirem em limites implícitos ao poder de reforma perdeu grande parte da relevância com a previsão expressa neste sentido. Quanto à titularidade do poder constituinte, Sampaio concorda com Schmitt no sentido de que sua alteração implicaria uma destruição da constituição. Ainda, sustenta a impossibilidade de alteração da titularidade do poder reformador por meio de transferência ou delegação da sua competência⁴⁸⁶.

Da proposta de Sampaio, interessa mais diretamente ao contexto brasileiro atual a última limitação enunciada, ou seja, a impossibilidade de reforma do procedimento estabelecido para alterações constitucionais⁴⁸⁷. Retomar-se-á o tema a seguir, pois são necessárias mais algumas considerações sobre quais limites

⁴⁸³ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 268.

⁴⁸⁴ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 121.

⁴⁸⁵ SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p. 95.

⁴⁸⁶ SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p. 97, 124.

⁴⁸⁷ Sampaio rejeita a possibilidade de alteração para facilitar a reforma constitucional quando a constituição não a prevê expressamente, mas aceita que uma reforma torne o processo de alteração constitucional mais difícil (SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p. 105 -108). Voltar-se-á ao tema na seqüência.

implícitos materiais podem ser levantados ao poder reformador sob a égide da Constituição brasileira vigente.

O primeiro passo na tentativa de identificar esses limites consiste em tomar em conta a ponderação de que a teoria dos limites implícitos ao poder reformador deve ser desenvolvida em face de uma ordem constitucional determinada. Desta forma, tem-se que as limitações implícitas são deduzidas diretamente da Constituição vigente, não se tratando de construções ideais ou elaborações apenas metajurídicas⁴⁸⁸.

Nesse sentido, Sarlet aponta que dentre os limites implícitos que se harmonizam com a Constituição Brasileira está a impossibilidade de reforma total ou, ao menos, de reforma que tenha por objeto os princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira previstos no Título I da Constituição por consistirem na própria identidade da Constituição de 1988, não obstante alguns tenham sido arrolados expressamente como limites materiais⁴⁸⁹.

Também, verifica-se um forte argumento que respalda a tese de que especificamente o presidencialismo e república atuam como limites materiais implícitos ao poder de reforma. A afirmação assenta-se na seguinte idéia: considerando que por ocasião da promulgação da Constituição de 1988 optou-se por não enquadrar o presidencialismo e a república entre os limites expressos para deixar que o povo decidisse a respeito do tema mediante plebiscito e, uma vez realizada a consulta popular e tendo o povo decidido sobre o tema, não haveria como o poder reformador alterar esta decisão. Desta maneira, conforme aponta Raul Machado Horta, o plebiscito “que consagrou a inequívoca preferência do eleitorado brasileiro pela forma republicana e pelo regime presidencial, incorporou outra limitação material ao exercício da revisão constitucional”⁴⁹⁰.

Mesmo respaldado em consulta popular, a caracterização do parlamentarismo e da república como limites implícitos ao poder de reforma não é de aceitação

⁴⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 420; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e mudança constitucional...**, p. 178.

⁴⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 421; SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, vol. 30, n. 89, p. 101-121.

⁴⁹⁰ HORTA, Raul Machado. **Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional...**, p. 15. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 421.

pacífica na doutrina⁴⁹¹, o que reafirma a grande dificuldade em delimitar quais seriam os limites implícitos ao poder de reforma.

O limite implícito mais frequentemente aceito pela doutrina e que também apresenta argumentos bastante robustos de sustentação é o da impossibilidade de alteração do procedimento previsto para reforma constitucional⁴⁹². Trata-se de um limite implícito de natureza formal⁴⁹³ a respeito do qual a discussão é sempre atual no direito constitucional brasileiro tendo em vista as propostas de emendas já verificadas no sentido de tornar menos oneroso o procedimento de reforma constitucional, bem como proporcionar a reforma total da Constituição mediante uma Assembléia revisora⁴⁹⁴.

No entanto, há também quem defenda expressamente a possibilidade de alteração do artigo 60 da Constituição Brasileira. Em estudo sobre o alcance e

⁴⁹¹ Especificamente quanto ao presidencialismo, Silva afirma que a defesa de que constituiria um limite implícito ao poder de reforma assenta-se em duas premissas interligadas. A primeira é a de que o povo é titular do poder constituinte e, assim, sua obra deve estar acima dos poderes constituídos (o que o autor não nega). A segunda premissa se respalda na idéia de que a manifestação direta da vontade popular por meio de plebiscito representa sempre o exercício da função constituinte. Para o autor, a segunda premissa é equivocada, pois o poder exercido pelo povo só assume a feição de poder constituinte quando se trata de romper com a ordem constitucional vigente para estabelecer uma nova. Ademais, Silva pondera que em nenhum momento a Constituição sugere que a matéria decidida no plebiscito de 1993 deveria ser excluída do poder reformador. Admite apenas que a revisão constitucional destinava-se, dentre outras coisas, a adequar a Constituição ao resultado do plebiscito e que, desta forma, não se poderia na revisão instituir um sistema de governo diferente do escolhido pelo povo (SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 139-140).

⁴⁹² AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 178; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional...**, p. 178; SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p. 105-106; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 422; SILVA, Virgílio Afonso da. **Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado...**, p. 11-12.

⁴⁹³ A distinção entre limites implícitos formais e materiais não é corrente na doutrina. Contudo, adota-se aqui a sistematização proposta por Vega que distingue a limitação implícita material da formal, sendo que esta consiste basicamente na impossibilidade de alterar as normas constitucionais que dispõem sobre a reforma constitucional (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente...**, p. 274-277).

⁴⁹⁴ Refere-se à proposta de emenda constitucional n.554-A/97 apresentada pelo deputado Miro Teixeira e a proposta de emenda n. 157/03 de autoria do deputado Luiz Carlos Santos. A proposta n. 157 previa uma nova revisão constitucional com poderes para alterar a Constituição pelo voto da maioria absoluta dos membros da Assembléia de revisão constitucional (formada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal). Ambas as propostas visam expressamente facilitar a realização de alterações constitucionais e estão disponíveis para consulta em: www.camara.gov.br, consulta realizada em 13/02/2007. Sobre as propostas de alteração do procedimento de reforma e convocação de “mini-constituintes” ou constituinte exclusiva: DALLARI, Dalmo de Abreu. Revisão constitucional. **Notícias ANPR**, n. 37, set. 2006, p. 06-07. Entrevista; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Poder constituinte e patriotismo constitucional...**, p. 65-74.

significado das cláusulas pétreas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que estas barreiras não têm o condão de petrificar o direito constitucional de um país⁴⁹⁵.

Para o autor, as cláusulas pétreas podem ser modificadas ou abolidas, mas isso não pode ser feito da forma como é realizada a alteração das demais normas constitucionais – protegidas pelo que denomina rigidez simples – e sim mediante a supressão da cláusula protetora, para, na seqüência, alterar as disposições sobre a matéria em questão. Então, a diferença é que as cláusulas pétreas estão duplamente protegidas⁴⁹⁶.

Ferreira Filho ainda pondera que não há que se falar em impossibilidade de alterar as normas constitucionais disciplinadoras da reforma, pois esta tese só seria viável caso a constituição inscrevesse entre as cláusulas pétreas o processo de modificação que consagrou⁴⁹⁷.

Os argumentos expostos por Ferreira Filho revelam a aceitação da denominada tese da dupla revisão ou revisão em duplo grau⁴⁹⁸. Trata-se de um raciocínio simples: levando em conta a existência de dois tipos de proposições normativas, uma contida na proibição de reforma (por exemplo, o artigo 60 §4º, inciso I da Constituição Brasileira que proíbe emendas tendentes a abolir a forma federativa de Estado) e outra, a estabelecida como objeto da proibição (por exemplo, o artigo 1º da Constituição que estatui que o Brasil é uma república federativa). A maneira de alterar o objeto da proibição é suprimir inicialmente, por meio do

⁴⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Significação e alcance das cláusulas pétreas...**, p. 11.

⁴⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Significação e alcance das cláusulas pétreas...**, p. 15.

⁴⁹⁷ Outro argumento levantado por Ferreira Filho para embasar sua tese consiste na afirmação de que sequer as cláusulas pétreas previstas expressamente no parágrafo quarto do artigo 60 da Constituição podem ser tidas como intangíveis na medida em que são provenientes de uma atuação do poder reformador. Para o autor, conforme já analisado no primeiro capítulo, a Constituição de 1988 não é obra do poder constituinte, mas de uma reforma constitucional e “o que o poder derivado estabelece, poder derivado pode mudar” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Significação e alcance das cláusulas pétreas...**, p. 15-16). Sobre este argumento, remete-se ao item 1.1 do presente trabalho, oportunidade em que se rejeitou a tese de que a Constituição de 1988 não é obra do poder constituinte.

⁴⁹⁸ Outro defensor da tese da dupla revisão é Jorge Miranda. O autor não nega a importância dos limites ao poder de reforma, mas afirma sua relatividade, pois defende que as normas que os prevêm, como normas de direito positivo que são, podem ser modificadas ou revogadas por meio da revisão constitucional, ficando, assim, aberta a possibilidade de, em um momento posterior, remover-se os próprios princípios correspondentes aos limites (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional...**, p. 214-234).

procedimento normal de reforma, o artigo que estabelece a cláusula de proibição, ou seja, o artigo 60, §4º, inciso I. Assim, visto que se defende que não haveria uma proibição jurídica para realizar este trâmite, uma vez eliminada a proibição, em uma segunda operação se poderia sem óbices suprimir o próprio preceito que inicialmente foi previsto como cláusula de intangibilidade, estabelecendo, no exemplo, que o Brasil adota a forma unitária de Estado⁴⁹⁹.

Ao observar apenas a segunda etapa desse procedimento não se constataria uma inconstitucionalidade de imediato. Contudo, há que se observar que a segunda etapa é uma consequência óbvia da primeira que está viciada de inconstitucionalidade, pois feriu uma limitação ao poder de reforma⁵⁰⁰.

No direito constitucional brasileiro, a base de sustentação da tese da dupla revisão é que o artigo 60 da Constituição em si não está protegido contra a ação do poder de reforma, o que possibilitaria a supressão de incisos do parágrafo quarto, bem como a diminuição das exigências para aprovação de emendas. Trata-se de um raciocínio que em última análise significa uma verdadeira autorização para destruir a Constituição vigente⁵⁰¹.

Virgílio Afonso da Silva cuida de rebater expressamente os argumentos levantados por Ferreira Filho para sustentar a tese da dupla revisão⁵⁰². Para

⁴⁹⁹ A explicação do procedimento de dupla revisão foi retirada da obra de Vega, mas se realizou adaptações para o contexto brasileiro, tendo em vista que o autor utiliza como exemplo a Constituição italiana (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente...**, p. 265). Em sentido análogo: SILVA, Virgílio Afonso da. **Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado...**, p. 13.

⁵⁰⁰ AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 209.

⁵⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado...**, p. 12.

⁵⁰² Há também a busca de refutar a teoria desenvolvida por Alf Ross para respaldar a alteração do artigo da Constituição dinamarquesa que prevê o mecanismo de reforma. Em síntese, Ross defende que as regras de um ordenamento jurídico são criadas com base em regras de competência que prescrevem as condições sob as quais as novas regras podem ser consideradas válidas (pessoas qualificadas para realizar o ato de criação, procedimento de criação e limitações referentes à matéria). Desta forma, toda regra de competência constitui uma autoridade que é constituída por uma regra de competência, que, por sua vez, é criada por outra. Tendo em conta que este processo não pode ser infinito, deve existir uma autoridade máxima cuja competência não deriva de nenhuma outra, mas sim de uma norma fundamental. Ross observa que se a constituição contém normas que disciplinam sua própria reforma, estas regras determinam o processo de criação do direito e constituiriam, assim, em um primeiro momento, a autoridade superior (na Constituição Dinamarquesa, o artigo 88 é a norma básica e no Brasil o artigo 60 levando em consideração o raciocínio desenvolvido por Ross). Mas, questiona-se como pode a autoridade suprema ser reformada. Ross analisa as duas respostas correntes, mas refuta ambas. A primeira, afirma que o artigo 88 da Constituição Dinamarquesa pode ser reformado de acordo com suas próprias regras. Para Ross, não se pode aceitar esta solução tendo em vista que implica em auto-referência. A

o autor a não previsão expressa da impossibilidade de modificação do artigo 60 da Constituição não significa uma opção constituinte pela possibilidade de sua alteração na medida em que o que é logicamente vedado não precisa ser positivamente explicitado⁵⁰³.

Deriva da própria condição de poder constituído a impossibilidade do poder reformador alterar suas próprias condições de funcionamento estabelecidas pelo poder constituinte originário, pois, afirma Silva, “se um poder é outorgado por alguém, parece lógico que os limites deste poder só podem ser modificados pelo outorgante, nunca pelo próprio outorgado”^{504 505}.

segunda solução considera que o artigo 88 não é direito criado, constituído e, portanto, não pode ser reformado por nenhum procedimento jurídico. Ross não considera esta solução a melhor, pois não pode ser exprimida em termos racionais. Então, apresenta uma outra solução que consiste basicamente em não considerar a norma que dispõe sobre reforma como a norma fundamental do sistema jurídico, chegando, assim, a solução do “paradoxo constitucional”. Ross sustenta que se deve conceber como norma fundamental do sistema uma norma que diga que deve ser obedecida a autoridade instituída pelo artigo 88 da Constituição Dinamarquesa, ou seja, a norma que investe o artigo 88 de validade. Tal regra deve ser obedecida até que esta autoridade designe um sucessor. Então, o artigo 88 representaria uma delegação de competência e a sua modificação de acordo com o procedimento nele previsto deve ser interpretada como uma criação jurídica que é válida não em virtude do artigo 88, mas sim da norma fundamental (ROSS, Alf. Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional. In: **El concepto de validez y otros ensayos**. Tradução: Eugenio Bulygin, Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1997, p. 43-71). A respeito da solução do “paradoxo constitucional” apresentada por Ross e também para uma análise do seu desenvolvimento teórico, conferir: BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição constituinte...**, p. 235-245. No entanto, Virgílio Afonso da Silva pondera, com base nas observações de Hoerster, que a solução apresentada por Ross é insustentável por vários motivos. Primeiramente, porque Ross não dá qualquer fundamento para a sua redação da norma fundamental e, em segundo lugar, porque não há fundamentos também para a imutabilidade da norma fundamental. A única forma de fazê-lo é mediante a própria estipulação de imutabilidade pela norma fundamental, o que acabaria recaindo em auto-referência. Por fim, supondo que se promulgue uma constituição aceitando a norma fundamental de Ross e também que várias gerações seguintes façam uso da possibilidade de alterar a autoridade constituinte, seria possível aceitar que a centésima primeira geração desta comunidade considere a norma fundamental definida por Ross como a norma fundamental do sistema? Logicamente não, pois qualquer dúvida sobre a evolução da comunidade poderia impedir que o conteúdo da norma fundamental fosse conhecido e que a legalidade das mudanças fosse analisada. Silva conclui que a norma fundamental de Ross não pode desempenhar papel relevante para compreender a estrutura e os limites do poder de reforma devido a estas falhas e, assim, busca fundamentar a impossibilidade de alteração do artigo 60 da Constituição Federal na idéia de supremacia e rigidez constitucional (SILVA, Virgílio Afonso da. **Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado...**, p. 17-27). Sobre o tema, conferir também: SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional...**, p. 148-157.

⁵⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado...**, p. 16.

⁵⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado...**, p. 17.

⁵⁰⁵ Nem se alegue – como o faz Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.

Significação e alcance das cláusulas pétreas..., p. 15) - que a verificação histórica de alterações nos requisitos estabelecidos para reforma constitucional legítima tal hipótese. A Emenda Constitucional n. 8/77 não foi levada a efeito em um momento de normalidade democrático-

Em outros termos, não é dado ao poder reformador suprimir o artigo 60 da Constituição Federal e tampouco alterar a forma com que se estabeleceu o processamento das alterações constitucionais inclusive para aumentar o *quorum* e reforçar a rigidez⁵⁰⁶. Tratar-se-ia de uma intromissão do poder constituído em área reservada ao poder constituinte, disciplinando, assim, as suas próprias condições de funcionamento⁵⁰⁷.

Ademais, verifica-se que os dispositivos constitucionais que estabelecem os limites formais à reforma constitucional têm a estrutura de regras constitucionais e, desta forma, contém verdadeiras determinações que devem ser realizadas na exata medida com que são impostas. Então, o raciocínio desenvolvido para justificar o aperfeiçoamento dos limites materiais expressos que têm natureza principiológica não é válido quando se trata das limitações formais cuja natureza é de regra.

A alteração do procedimento de emenda constitucional seja para ensejar uma eliminação de limites ao poder de reforma, seja para realizar uma reforma total da Constituição brasileira ou para convocar uma nova revisão constitucional que não obedeça às limitações previstas no artigo 60 desencadearia o que se denomina de “fraude à Constituição”⁵⁰⁸.

constitucional e, portanto, não serve de parâmetro para análise de situações que possam ocorrer sob a égide da Constituição de 1988.

⁵⁰⁶ Em sentido contrário, Sampaio sustenta que uma reforma que torne mais dificultoso o processo revisor seria inteiramente legítima, pois o poder reformador não estaria suprimindo as condições para seu exercício (SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional...**, p. 107). Também se encontra esta defesa em: SILVA, José Afonso da. Limites ao poder de reforma. **Revista Forense**, ano 73, vol. 259, p. 73-76, jul./ago. 1977.

⁵⁰⁷ No mesmo sentido: AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 188; SILVA, Virgílio Afonso da. **Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado...**, p. 18.

⁵⁰⁸ Outra hipótese de fraude à Constituição arrolada por Agra é a violação de direitos adquiridos pelo poder reformador. Para o autor, a proteção aos direitos adquiridos constitui um limite material implícito ao poder reformador (AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 200). A questão da relação entre reforma constitucional e direito adquirido gera muita polêmica. De maneira geral, a doutrina inclui a proteção do direito adquirido no rol das cláusulas pétreas fundamentando-a no artigo 5º, inciso XXXVI que estabelece que a lei não pode prejudicar o direito adquirido. Assim, interpreta-se o dispositivo de maneira ampla para afirmar que protege a própria segurança jurídica inclusive contra alterações constitucionais (BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Walmir. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 202, p.75-80, out./dez., 1995; GARCIA, Maria. A constituição e o direito adquirido. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 107-116, jan./mar. 2004; SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular...**, 231-233). No entanto, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema antes da Constituição de 1988 assentando que “não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário ou do Poder

De maneira geral, designa-se por fraude à constituição as modificações radicais ocorridas em seu texto que contrariam os preceitos relativos à reforma constitucional. Busca-se, na verdade, burlar as formalidades existentes para disfarçar a invalidade das alterações e esconder a ocorrência de uma verdadeira ruptura constitucional⁵⁰⁹.

Então, a diferença entre uma emenda constitucional realizada de acordo com os limites impostos ao poder reformador e um revisão total ou mesmo pontual que burle estas limitações é que o primeiro caso busca a vida da constituição, alterando-a para se adequar à normalidade social e o segundo acaba por conduzir a própria morte de determinada constituição. Na primeira hipótese, o que se almeja é o aperfeiçoamento legítimo da ordem constitucional, ao passo que no segundo se observa uma fraude à constituição⁵¹⁰.

Constituinte derivado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 94.414-1/SP. Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 13/02/1985, publicada em 19/04/1985). Em decisão recente, na qual se voltou a discutir o assunto em face da Emenda n. 41/2003 que estipulou a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos, o Supremo Tribunal Federal resolveu o caso assentando a constitucionalidade da contribuição na medida em que sendo um tributo não haveria que se falar em direito adquirido a não incidência de exação frente a fatos futuros. Ressaltou-se que não há, em nosso ordenamento jurídico, nenhuma norma que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, imunize os proventos e as pensões de modo absoluto à tributação de ordem constitucional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.105-8/DF. Relator: Cezar Peluso, julgado em 18.08.2004, publicado em 18.02.2005). Trata-se de um tema muito complexo, pois a proteção do direito adquirido pode gerar injustiças, conservando situações que impedem o desenvolvimento da justiça social. Daí que Sarmento sustenta a impossibilidade de uma sacralização do direito adquirido, tendo em vista a própria natureza relativa dos direitos fundamentais. O autor defende que a proteção ao direito adquirido não pode ser derivada do artigo 5º, inciso XXXVI, tratando, este dispositivo, de proteger o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada apenas contra a irretroatividade das leis infraconstitucionais (SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, vol. 20, p. 03-34, out./dez. 2004). Discorda-se parcialmente da proposta de Sarmento, pois se entende que a proteção da segurança jurídica é um direito fundamental e, desta forma, um limite ao poder reformador. No entanto, trata-se de um limite material de natureza principiológica, o que significa que não estão vedadas todas as restrições a este direito, mas apenas as que agredam o seu núcleo essencial. Aliás, Sarmento reconhece a possibilidade de interpretar desta forma a questão, embora não adote esta postura.

⁵⁰⁹ AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição...**, p. 185-189.

⁵¹⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Reforma total da constituição...**, p. 172.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pretende aqui tecer conclusões definitivas sobre um tema tão complexo e polêmico como a reforma constitucional, cujas discussões se renovam constantemente ora em razão do número de alterações que sofre a Constituição de 1988, ora devido ao conteúdo ideológico destas alterações ou em razão de propostas de emenda que prevêm “mini-constituintes”, assembléias revisoras ou algo que o valha, com o propósito de facilitar o procedimento de alteração dos dispositivos constitucionais.

Trata-se de um terreno espinhoso porque a reforma constitucional é o canal por meio do qual a normalidade social busca respostas as suas exigências na normatividade constitucional, bem como o instrumento mediante o qual são concretizadas as aspirações das gerações presentes no texto supremo sem que se faça necessário um rompimento com a ordem constitucional pré-estabelecida.

Mas, ao mesmo tempo, as aspirações de origem democrática e as necessidades da normalidade social que fundamentam as alterações no texto constitucional não podem ser levadas a efeito de forma desmedida sob pena da constituição em si perder o seu significado e ter sua identidade comprometida.

Então, existem verdadeiros freios, barreiras impostas aos anseios por reformas constitucionais, sendo que estas barreiras remetem aos pilares do constitucionalismo liberal impondo limitações ao poder de reforma da constituição.

Entretanto, não há como negar que a relação entre democracia e constitucionalismo é difícil e problemática, pois na essência buscam objetivos distintos que na maioria das vezes não são de fácil compatibilização. Um remete à idéia de auto-governo absoluto e outro a limitações impostas a todo e qualquer poder. E, por isto, a noção de democracia constitucional deve ser entendida na complexidade que lhe é característica.

A democracia constitucional consiste, como outrora afirmou Nino, em um “feliz matrimônio”, mas que não ocorre de forma simples, pois é revelador de tensões sendo muitas delas manifestadas justamente quando o assunto é a reforma constitucional.

Daí a necessidade de buscar uma fundamentação para os limites ao poder de reforma na medida em que só se justificam se forem tidos como condições de

possibilidade da própria democracia. Além do mais, este dado deve balizar também a atividade de interpretação das questões referentes à alteração da constituição.

Assim, sob esse manto, buscou-se analisar as limitações previstas na Constituição 1988 às emendas constitucionais, mecanismo formal e permanente de alteração constitucional. Aliás, único que remanesce após a realização da revisão constitucional prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Primeiramente, foram enfocados os limites formais expressos ao poder de reforma constitucional, cuja tarefa de interpretação não se revela tão árdua na medida em que assumem a feição de regras constitucionais, de comandos definitivos que devem ser estritamente observados para que uma emenda constitucional possa ser aprovada e considerada válida.

Contudo, não se pode olvidar que as limitações formais são fundamentais para a definição de rigidez constitucional. Tais limites podem apresentar a feição de limites procedimentais ou formais em sentido estrito (referentes aos órgãos que têm competência para propor emendas, ao trâmite da proposta e ao *quorum* de aprovação), circunstanciais e temporais. Destas modalidades, na Constituição de 1988, a aprovação de emendas não sofre apenas condicionamentos temporais.

Mais complexa é abordagem das limitações materiais trazidas na Constituição Brasileira vigente – as denominadas cláusulas pétreas ou superconstitucionais. Por se tratarem de limitações substanciais ao resultado da deliberação democrática, a primeira questão enfrentada foi a acomodação destas barreiras do constitucionalismo com o princípio democrático, também consagrado pela Constituição de 1988. Neste momento, procurou-se demonstrar como as cláusulas pétreas (voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos poderes; direitos e garantias de titularidade individual e, de forma mais problemática, a federação) amoldam-se à noção de limitações positivas formuladas por Holmes.

Intentou-se também delimitar ainda que de forma breve o âmbito de proteção conferido pelos limites materiais. Trata-se de tópico fundamental principalmente nos momentos em que o desenvolvimento constitucional torna-se necessário, porém sem romper com as cláusulas pétreas. Desta maneira, visou-se interpretar as limitações substanciais como princípios constitucionais que podem ter seu âmbito de

proteção reduzido em razão de circunstâncias fáticas ou jurídicas, mas sem deixar de resguardar os núcleos essenciais dos princípios-limites.

Assim, afirmou-se a necessária cautela quando o assunto é a ponderação dos princípios constitucionais consagrados como limites materiais ao poder reformador, tendo em vista que são reveladores da própria identidade constitucional, não podendo ser suprimidos sob pena de abalo insuperável da referida identidade.

Ao fim, passou-se a análise das limitações implícitas ao poder de reforma, decorrentes da noção de supremacia e identidade constitucional. Especial atenção mereceu a impossibilidade do poder reformador alterar as próprias condições de seu funcionamento por meio, por exemplo, da alteração do *quorum* para a aprovação de emendas ou da simplificação do procedimento inicialmente previsto pelo poder constituinte originário. A vedação de alteração das condições operacionais do poder reformador consiste em uma decorrência lógica da noção de supremacia constitucional.

Em síntese, essas foram as questões tratadas. Evidentemente, não se pretende que as soluções interpretativas propostas no decorrer deste trabalho às questões problemáticas atinentes à reforma constitucional sejam vistas como algo que tem a pretensão de encerrar os debates a respeito do tema, pois o que se almejou foi apenas reler o mecanismo de alterações formais da Constituição Brasileira de 1988 em face da proposta democrático-constitucional. Questões ainda persistem e sempre surgirão a respeito de tema tão complexo e desafiador.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ACKERMAN, Bruce. Un neofederalismo? In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução: Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição**: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Fabris, 2000.

ARGUELLO, Katie. Decisionismo: um confronto entre Max Weber e Carl Schmitt. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Porto Alegre, v. 33, p. 65-81, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Tradução: Luis Villar Borda. Bogotá: Universidade Externando de Colômbia, 1995.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução: Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./ set. 1999.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: Miguel Carbonell (org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AYALA, Francisco. **Los políticos**. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução: José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. O controle concentrado de constitucionalidade: o “guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de informação legislativa**. Brasília, n. 164, p. 87-103, out./dez. 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do poder constituinte. **Revista brasileira de estudos políticos**. Belo Horizonte, n. 52, p. 07-58, jan. 1981.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do constitucionalismo. **Revista de informação legislativa**. Brasília, n. 91, p. 05-62, jul./set. 1986.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de estado na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**. São Paulo, ano 4, n. 14, p. 16-26, jan./março, 1996.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo da moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. t.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. t.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASTID, Paul. **L'idée de constitution**. Paris: Economica, 1985.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição de Brasil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.) **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Trotta, 2003.

BEAUD, Olivier. **La puissance de l'état**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

BEDÊ, Fayga Silveira. **A intangibilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais na Constituição**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o estado total e o guardião da constituição. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, n. 4, p. 96-105 2004.

BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo(s), mutação constitucional e o papel do STF: uma análise à luz da democracia deliberativa. In: BELLO, Enzo; VIEIRA, José Ribas; NUNES, Wanda Claudia Gallazzi (Org.). **Teoria constitucional contemporânea e seus impasses**. Rio de Janeiro: PUC: Programa de Pós-Graduação em Direito, 2005.

BESTER, Gisela Maria. A concepção de constituição de Hermann Heller: integração normativa e sociológica e sua possível contribuição à teoria da interpretação constitucional. **Revista do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. Uberlândia, vol. 24, p. 37-58, dez./1995.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução: Marcio Pugliesi, Edson Bin, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. El poder constituyente del pueblo: un concepto limite del Derecho constitucional. In: **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução: Rafael de Agapito Serrano. Madri: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. A salvaguarda da democracia constitucional. In: MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BONAVIDES, Paulo. A crise brasileira e o poder constituinte. **Revista de direito constitucional e ciência política**. Rio de Janeiro, n. 03, p. 11-20, jun.1985.

BORBA, Dalton José. **Iniciativa popular de emenda constitucional no Brasil**. Curitiba, 2002. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução: Carlos Benal Pulido. Bogotá: Universidade Externado da Colômbia, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 94.414-1/SP. Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 13/02/1985, publicado em 19/04/1985.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 939-7-DF. Relator: Ministro Sydney Sanches, julgada em 15/12/1993, publicada em 18/03/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 981/PR. Relator: Ministro Néri da Silveira, julgada em 17/12/1993, publicada em 05/08/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 815/DF. Relator: Ministro Moreira Alves, julgada em 23/03/1996, publicada em 10/05/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2024/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 27/10/1999, publicada em 01/12/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.105-8/DF. Relator: Cezar Peluso, julgada em 18/08/2004, publicada em 18/02/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3367/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso, julgada em 13/04/2005, publicada em 17/03/2006.

BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 202, p.75-80, out./dez., 1995.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição constituinte**: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas**. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1952.

- BULOS, Uaidi Lammêgo. **Mutações constitucionais** São Paulo: Saraiva, 1997.
- BURDEAU, Georges. **Traité de science politique**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1950.
- BURDEAU, Georges. **Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques**. 20. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.
- BUZANELLO, José Carlos. Constituição política em Hermann Heller. **Revista de informação legislativa**. Brasília, n. 129, p. 259-265, jan./março 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Trotta, 2003.
- CARBONELL, Miguel. Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Tradução: Miguel Carbonell. Madri: Trotta, 2005.
- CARRACEDO, José Rubio. **Democracia o representacion?** Poder y legitimidad en Rousseau. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- CARVALHO NETO, Menelick de. A constituição da Europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crises e desafios da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.) **Crítica da modernidade**: diálogos com o direito. Florianópolis: Boiteux, 2005.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos de filosofia constitucional contemporânea. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das constituições. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÉ, Fayga Silveira

(Coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, João Ricardo dos Santos. Federalização dos denominados crimes contra os direitos humanos: equívocos baseados em casuísmos e falsos paradigmas. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, n. 92, p. 33-49, dez. 2003.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Revisão constitucional. **Notícias ANPR**, n. 37, set. 2006, p. 06-07. Entrevista.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELSTER, Jon. Deliberation and constitution making. In: ELSTER, Jon (org.) **Deliberative democracy**. Nova York: Cambridge University Press, 1998.

ELSTER, Jon. Introducción. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999.

ELSTER, Jon. **Ulises desatado**: estudios sobre a racionalidad, precompromisso y restricciones. Tradução: Jordi Mundo. Barcelona: Gedisa, 2002.

ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**: una teoría del control constitucional. Tradução: Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

FARBER, Daniel, ESKRIDGE JUNIOR, William; FRICKEY, Philip. **Constitutional law**: themes for the constitution's third century. Minnessota: West Publishing Company, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Trotta, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança na Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder constituinte do Estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERREIRA, Daniel Brantes. Ackerman e Sunstein: arcabouço teórico para situações de emergências. In: BELLO, Enzo; VIEIRA, José Ribas, NUNES, Wanda Claudia Gallazzi (Org.). **Teoria constitucional contemporânea e seus impasses**. Rio de Janeiro: PUC: Programa de Pós-Graduação em Direito, 2005.

FERREIRA, Luis Pinto. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 202, p. 11-17, out./dez. 1995.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ato das disposições constitucionais transitórias: arts. 33 e 78 (este último introduzido pela Emenda 30/2000). In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2001.

FLICKINGER, Hans Georg. A luta pelo espaço autônomo do político. In: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução: Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Curitiba, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

GARCIA, Maria. A constituição e o direito adquirido. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 12, n. 46, p. 107-116, jan./mar. 2004.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1996.

GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana; VIA, Alberto Dalla; GARGARELLA, Roberto, et al. (Org.). **Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2004.

GALIZA, Carlos. A reforma constitucional: conteúdo, procedimentos e limites. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 77, p. 35-48, jul. 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Tres modelos de democracia: sobre el concepto de una política deliberativa. **Revista de la Universidad Bolivariana**. Tradução: Manuel Jiménez Redondo, 113-122, vol. IV, n. 10, 2005.

HAMILTON, Alexander. Os juízes como guardiões da constituição. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

HAYDEN, Patrick. **The philosophy of human rights**. Estados Unidos da América: Paragon, 2001.

HAYEK, Friedrich August Von. **O caminho da servidão**. Tradução: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Expressão e cultura (Instituto liberal), 1987.

HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**. Tradução: Ana Maria Carpvilla; José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983.

HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. Tradução: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HELLER, Hermann. Poder político. Tradução: Vitor Nunes Leal. **Revista forense**. Rio de Janeiro, p. 34-38 n. 517, set./1946.

HERAS, Jorge Xifra. **Sintesis historica del pensamiento politico**. Barcelona: Ariel, 1957.

HESSE, Konrad. Limites de la mutación constitucional. In: VILLALÓN, Pedro Cruz (Org). **Escritos de derecho constitucional**. Tradução: Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura económica, 1999.

HORTA, Raul Machado. Poder constituinte do Estado-membro. **Revista de direito público**. São Paulo, p. 5-17, n. 88, out./dez. 1988.

HORTA, Raul Machado. Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional. **Revista brasileira de estudos políticos**. Belo Horizonte, n. 78/79, jan./jul. 1994.

JEFFERSON, Thomas. Escritos políticos. In: WEFFORT, Francisco (Org). **Os pensadores**. Tradução: Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

JEFFERSON, Thomas; et al. In: WEFFORT, Francisco (Org). **Os pensadores**. Tradução: Leônidas Gontijo de Carvalho; A. Della Nina, J. Albuquerque; Francisco Weffort. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. **La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos**. Tradução: Miguel Angel Rodilla. Madri: Tecnos, 2004.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 175.

LOPES, Ana Maria D'Avila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 41, n.164, p. 7-15, out./dez. 2004.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LONGO, Gianfresco. Il concetto di mutamento costituzionale in Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**, v. 73, p. 256-262, abril/jun. 1996.

MADISON, James. O tamanho e as diversidades da União como um obstáculo às facções. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

MADISON, James. A autoridade da convenção. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

MADISON, James. Recurso ao povo em caso de divergência. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

MADISON, James. Recursos periódicos ao povo. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

MAGANO, Octavio Bueno. Revisão constitucional. **Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**. São Paulo, ano 2, n. 7, p. 108-112, abril/jun., 1994.

MAIZ, Ramón. Introduccion. In: MAÍZ, Ramón (Org.). **Estritos y discursos de la revolucion**. Tradução: Ramón Máiz. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992.

MALBERG, Carré de. **Teoria General del estado**. Tradução: José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura econômica, 1948.

MALISKA, Marcos Augusto. Há limites materiais ao poder constituinte? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Porto Alegre, v. 35, p. 247-262, 2001.

MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade. **Justitia**. São Paulo, p. 81-96, v. 193, jan./mar. 2001.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.) **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

MELO, Sandro Nahmias. A garantia do conteúdo dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 11, n. 43, p. 82-97, abril/jun. 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2.ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. Poder constituinte. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 80, out./dez. 1986.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 2. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1979

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. Curitiba, 2002. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Tradução: Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 25, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php>. Acesso em: 29 de setembro de 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaios sobre as alternativas da modernidade. Tradução: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NIEMEYER, Gerhart. Prólogo. In: HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. Tradução: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

NINO, Carlos Santiago. **La validez del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1985.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. Barcelona: Ariel, 1989.

NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente? In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Argumentação jurídica e decisionismo: um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**: o projeto constituinte do estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OTTO, Ignácio de. **Derecho constitucional**: sistema de fuentes. Barcelona: Ariel, 1998.

PAINE, Thomas. **Los derechos del hombre**. Tradução: J. A. Fontanilla. Buenos Aires: Aguilar, 1959.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Constitución y soberanía**: el sentido de la democracia constitucional. Tradução: José Calvo González. Granada: Comares, 2000.

PIMENTA, José Carlos. A rigidez constitucional desafiada: reforma ou reformismo no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 137-146.

PINTO, Luzia Marques da Silva. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

QUINTANA, Segundo V. Linares. **Derecho constitucional e instituciones políticas**: teoria empírica de las instituciones políticas. t. 2. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. **Princípios políticos constitucionais**. Tradução: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 120, p. 159-186, out./dez. 1993.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Reforma total da constituição: remédio ou suicídio? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROSS, Alf. Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional. In: **El concepto de validez y otros ensayos**. Tradução: Eugenio Bulygin, Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. Tradução: J. Cretella Jr; Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito constitucional**: instituições de direito público. Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALDANHA, Nelson. Prefácio. In: SILVA, Gustavo Just Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. 3ed. Belo Horizonte: Nova Alvarada, 1994.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Fontamara, 1999.

SANTANA, Jair Eduardo. **Revisão constitucional: reforma e emendas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Constituição e democracia: reflexões sobre permanência e mudança da decisão constitucional. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 163-174, abr./jun. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 12, n. 46, p. 42-73, jan. /mar., 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, n. 95, p. 103-135, set. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, vol. 30, n. 89, p. 101-121, março 2003.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 03-34, out./dez. 2004.

SARMENTO, Daniel. Palestra. In: **IX Congresso Ibero-americano de Direito Constitucional e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba, 13 de outubro de 2006.

SEJERSTED, Francis. La democracia y el imperio de la legalidad: algunas experiencias históricas de contradicciones em la lucha por el buen gobierno. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2001.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político** Tradução: Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. Prefácio. In: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução: Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Tradução: Manuel Sanlez Sarto. 2.ed. Madri: Tecnos, 1998.

SCHWARTZ, Bernard. **O federalismo norte-americano atual**. Tradução: Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. Limites ao poder de reforma. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 73, vol. 259, p. 73-76, jul./ago. 1977.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Principio democrático e estado legal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999.

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. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 226, p. 11-32 out./dez. 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, p. 607-630, jan./jun.2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: que é o terceiro estado? Tradução Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Limites de la soberania. In: MAÍZ, Ramón (Org). **Estritos y discursos de la revolucion**. Tradução: Ramón Máiz. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y organización de Tribunal Constitucional: pronunciado em la conveción nacional el 18 de Thermidor, año III de la República. In: MAÍZ, Ramón (Org). **Estritos y discursos de la revolucion**. Tradução: Ramón Máiz. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los títulos IV y V del proyecto de constitucion: pronunciado em la convención del 2 de Thermidor del año III de la República. In: MAÍZ, Ramón (Org). **Estritos y discursos de la revolucion**. Tradução: Ramón Máiz. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992.

SLAGSTAD, Rune. El constitucionalismo liberal y sus críticos: Carl Schmitt y Max Weber. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução: Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Economica, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. **Arquivos de direitos humanos**, Rio de Janeiro, vol. 4, p. 17-61, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). **Direito constitucional contemporâneo**: em homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise da efetividade da constituição brasileira. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAMBURINI, Márcia. Perspectivas de uma nova teoria constitucional: reflexos do projeto de constituição europeia. In: DUARTE, Fernando; VIEIRA, José Ribas (Org.) **Teoria da mudança constitucional**: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TERRÓN, Eloy. Prólogo. In: PAINE, Thomas. **Los derechos del hombre**. Buenos Aires, Aguilar, 1959.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 177, jul. /set. 1989.

VANOSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional: poder constituyente: fundacional; revolucionário; reformador**. t. 1. Buenos Aires: Depalma, 1975.

VANOSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do poder constituinte. In: **Revista de direito constitucional e ciência política**, Rio de Janeiro, n. 01, p. 11-25, jul. 1983.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.) **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1995.

VIAMONTE, Carlos Sanchez. **Manual de derecho constitucional**. Buenos Aires: Kapelusz, 1956.

VIEIRA, José Ribas. Prefácio. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?** Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1986.

VIEIRA, José Ribas. Introdução ao pensamento de Benjamin Constant. In: REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. **Princípios políticos constitucionais**. Tradução: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

VIEIRA, José Ribas; MASTRODI NETO, Josué; VALLE, Vanice Lírio do. A teoria da mudança no constitucionalismo americano: limites e possibilidades. In: DUARTE, Fernando; VIEIRA, José Ribas (Org.) **Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VILLALON, Pedro Cruz. Introduccion. In: VILLALON, Pedro Cruz (Org). **Escritos de derecho constitucional**. Tradução: Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992, p. XVI.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução: Marina Gascón. 2.ed. Madri: Trotta, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Tradução: Miguel Carbonell. Madri: Trotta, 2005.

WACHOWICZ, Marcos. **Poder constituinte e transição constitucional: perspectiva histórico-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2000.

WRIGHT, Benjamin Fletcher. Introdução. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

