

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ARTHUR PASSOS EL HERR

O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS
CONSTITUCIONAIS NO BRASIL: LEGITIMIDADE, AUTORIDADE E JUSTIÇA

CURITIBA

2022

ARTHUR PASSOS EL HERR

O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS
CONSTITUCIONAIS NO BRASIL: LEGITIMIDADE, AUTORIDADE E JUSTIÇA

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre em Direito do Estado,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Titular Vera Karam de Chueiri

CURITIBA

2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

El Horr, Arthur Passos

O controle judicial de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil: legitimidade, autoridade e justiça / Arthur Passos El Horr. – Curitiba, 2022.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientadora: Vera Karam de Chueiri.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Emendas constitucionais. 3. Democracia. I. Chueiri, Vera Karam de. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

ATA Nº234

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia um de setembro de dois mil e vinte e dois às 15:00 horas, na sala 321 - 3º Andar, Praça Santos Andrade, 50 - Prédio Histórico da UFPR, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **ARTHUR PASSOS EL HERR**, intitulada: **O Controle judicial de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil: legitimidade, autoridade e justiça.**, sob orientação da Profa. Dra. VERA KARAM DE CHUEIRI. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: VERA KARAM DE CHUEIRI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), MIGUEL GUALANO DE GODOY (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), JAIRO NEIA LIMA (UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ), ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, VERA KARAM DE CHUEIRI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: A banca recomenda a publicação do trabalho.

CURITIBA, 01 de Setembro de 2022.

Assinatura Eletrônica
01/09/2022 21:04:39.0
VERA KARAM DE CHUEIRI
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
01/09/2022 20:12:25.0
MIGUEL GUALANO DE GODOY
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
02/09/2022 09:05:49.0
JAIRO NEIA LIMA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO
PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
01/09/2022 22:24:09.0
ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **ARTHUR PASSOS EL HERR** intitulada: **O Controle judicial de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil: legitimidade, autoridade e justiça.**, sob orientação da Profa. Dra. VERA KARAM DE CHUEIRI, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 01 de Setembro de 2022.

Assinatura Eletrônica
01/09/2022 21:04:39.0
VERA KARAM DE CHUEIRI
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
01/09/2022 20:12:25.0
MIGUEL GUALANO DE GODOY
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
02/09/2022 09:05:49.0
JAIRO NEIA LIMA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
01/09/2022 22:24:09.0
ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Aos mais pobres, que financiaram minha formação. Me esforçarei muito para um dia retribuir.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pela bolsa concedida, possibilitando a realização desta pesquisa de mestrado.

Agradeço à minha orientadora, Prof^a. Dr^a. Titular Vera Karam de Chueiri, Primeira Diretora da Faculdade de Direito, respeitada pensadora do direito constitucional. Cada vírgula deste trabalho tem origem nos maravilhosos bate-papos de terça-feira, após a monitoria. A senhora me inspira profundamente, e eu me orgulho muito de ser seu orientando e pupilo.

Agradeço, também à minha querida e estimada Prof^a. Dr^a. Estefânia Maria de Queiroz Barboza, e aos queridos Prof. Dr. Miguel Gualano de Godoy e Prof. Dr. Jairo Néia Lima, por integrarem esta banca e sempre colaborarem sobremaneira com minha produção acadêmica.

Agradeço aos meus colegas e minhas colegas do Centro de Estudos da Constituição (CCONS-UFPR), grupo que realiza debates e eventos muito qualificados sobre o direito constitucional e suas adjacências, repleto de grandes talentos, ao qual espero permanecer vinculado por muitos anos.

Agradeço à própria Universidade Federal do Paraná. Em especial, à nossa Faculdade de Direito, e todos e todas que a integram. Como me orgulho se ser filho dessa casa! Agradeço, também, à minha segunda casa: a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo. Agradeço, ainda, à Faculdade Nacional de Direito, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, pela grandiosa oportunidade de atuar como Professor Substituto.

Agradeço ao meu pai, Abdo, exemplo maior de pai dedicado e apaixonado, melhor amigo e referência de vida, de quem herdei – em primeiro plano – o sonho de ser professor. À minha mãe, Valéria, de quem mais me aproximei nestes últimos anos, e de quem muito me orgulho pela mulher que é: pioneira, corajosa e apaixonada. Agradeço às minhas irmãs mais novas, Helena e Sofia, que apesar de saberem o irmão chato que têm, sempre me tratam com tanto amor e paciência. Amo muito vocês. E, por fim, agradeço ao meu querido avô, de quem herdei o gosto pela música e pelo futebol. Obrigado por todos os momentos maravilhosos que passamos juntos desde a infância, vô.

Agradeço ao Dr. Daisaku Ikeda, que considero meu mestre da vida, e que me orientou a seguir em frente nos momentos mais difíceis. Junto a ele, agradeço a todos os companheiros da Soka Gakkai, notadamente meus amigos: Cristiano Possamai, Leandro Artigas, Willian Ozawa, Felipe Tanaka, Sandir Costa e Eiichi Nagao.

Agradeço à “Confraria C”, meu grupo de amigos mais próximos há mais de 10 anos. Como não poderia deixar de ser, desde minha aprovação no vestibular, vocês foram as pessoas com quem mais pude compartilhar as experiências da faculdade de direito. Amo vocês profundamente, e os carregarei por toda a vida: Ivan, Pepeu, Tadeo, Wolski, Hu, Erich, Carlos, Betinho, Fabiane e Carmem. Agradeço também ao Sr. Domingos e à Sr^a. Socorro, que reputo como meus “segundos-pais”, tamanho respeito, admiração e carinho que tenho por vocês.

Por fim, agradeço novamente à querida Mariana Wolski (já mencionada no agradecimento à “Confraria C”, já que também a integra), minha companheira de vida, bem como à minha querida sogra, Denise, e meu querido sogro, Mariano, que me apoiam e incentivam em todas as empreitadas. Mari, meu amor, foi por meio do seu apoio, suporte e encorajamento que se tornou possível a conclusão desta pesquisa. Obrigado por dividir comigo todos os momentos. Amo você.

“Nada é impossível de mudar. Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo. E examinai, sobretudo, o que parece habitual”.

Bertold Brecht

RESUMO

Casos como o da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.017, em que se concedeu monocraticamente medida cautelar para suspender os efeitos de uma emenda constitucional promulgada com ampla maioria após mais de 10 anos de debate, suscitam reflexões acerca do paradoxo existente entre constitucionalismo e democracia. Se diversos autores colocam em cheque o controle de constitucionalidade de leis ordinárias, por ser uma prática que gera alguns déficits democráticos, o controle judicial de emendas e apresenta como um elemento ainda mais limítrofe neste debate: pode o Poder Judiciário rever até mesmo o ato democraticamente mais robusto emitido pelos poderes eleitos (a emenda constitucional)? No contexto brasileiro este tipo de controle é realizado desde antes da promulgação da Constituição da República de 1988 (CR). Porém, apesar de ser uma prática consolidada, a CR não parece ter conferido esta competência, ao menos não de maneira expressa, ao STF. Desta forma, me proponho neste trabalho a investigar a existência ou não de legitimidade da corte para a realização deste controle. Primeiramente, investigo o que fundamentou a criação histórica pelo STF do entendimento de que possui legitimidade para revisar judicialmente emendas constitucionais. Em suma, a corte baseia seu entendimento na existência de cláusulas pétreas no art. 60, §4º da CR, e também na inclusão das emendas constitucionais no termo “ato normativo”, constante no art. 102, I, “a” da CR. Para investigar a correção ou não desta legitimidade, me proponho a trabalhar-la em duas óticas diversas. A primeira (*ex ante*) é a ótica que separa teoria da autoridade e teoria da justiça, na qual busco, sem sucesso, a existência de algum fundamento expresso na CR que legitime o controle de emendas. A segunda (*ex post*) é a ótica da união entre teoria da autoridade e da justiça, em que busco investigar se há algum fundamento de legitimidade do controle de constitucionalidade de emendas baseado na probabilidade de que venha a produzir melhores resultados institucionais. Em suma, sob esta última ótica, não foi possível demonstrar com fundamentos teóricos que o controle seria legítimo. No entanto, verificou-se que o instrumento possui, inegavelmente potencialidades positivas, sobretudo no sentido de conferir um “contraponto” à opinião legislativa em uma rodada procedimental de diálogo. No entanto, tendo em vista o déficit dialógico e deliberativo da prática brasileira, é difícil imaginar um esquema em que o controle judicial de emendas não representasse a atribuição de uma última palavra judicial. No limite, ao menos, a pesquisa auxilia a desnudar vantagens e desvantagens deste tipo de controle, o que poderá auxiliar na pavimentação de caminhos que, ao menos, tornem mais democraticamente legítima prática.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; emendas constitucionais; emendas constitucionais inconstitucionais; cláusulas pétreas. constitucionalismo e democracia.

ABSTRACT

Cases such as the Direct Action of Unconstitutionality nº 5.017, which granted monocratically provisional remedies in order to suspend the effects of a constitutional amendment promulgated with majority support, product of more than 10 years of debate, bring reflections on the paradox between constitutionalism and democracy. Considering that several authors put at stake the judicial review of ordinary legislation, understanding it as a practice that generates deficits, the judicial review through amendments is presented as an element in the borderline of the debate: does the Judiciary have jurisdiction to review even the most democratic act issued by the elected powers (a constitutional amendment)? In Brazil, this form of review is performed since before the promulgation of the 1988 Constitution (CR). However, despite being a common practice, the CR has not expressly conferred this jurisdiction to the Supreme Court. Thus, I propose to investigate the Court legitimacy to exercise this review control. Firstly, I investigate the Supreme Federal Tribunal (STF)'s historical creation of its legitimacy to review judicially constitutional amendments. In brief, the Court bases its judicial review jurisdiction on the existence of entrenched clauses in art. 60, §4º of the CR, and also in the inclusion of constitutional amendments in the term "normative act", contained in art. 102, I, "a", CR. In order to understand if this legitimacy is found, and in which levels, I propose to work in two different perspectives: the first one (*ex ante*) is the optics that separates the theory of authority from the theory of justice, in which I seek, unsuccessfully, for explicitly foundation in the CR that legitimates the jurisdiction over the amendments. The second one (*ex post*), is an optic of the union between theory of authority and justice, in which I aim to investigate the existence of issues in the legitimacy of the jurisdiction for the judicial review based on the hypothesis of presenting better institutional results. Briefly, from this last point of view, it was not possible to demonstrate on theoretical grounds the legitimacy of the judicial review. However, I identified that this instrument undeniably has positive potential, particularly in providing a "counterpoint" to legislative opinion in a procedure of dialogue stage. At the same time, given the dialogical and deliberative deficit in Brazil, it is difficult to imagine that the judicial review would not represent the attribution of a judicial final word. Therefore, this research provides the possibility to observe the advantages and disadvantages of this type of judicial review, and thus can assist in paving paths that, at least, can contribute to a more democratically legitimate practice.

Keywords: judicial review; constitutional amendments; unconstitutional constitutional amendments; entrenched clauses; constitutionalism and democracy.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - Cenários possíveis em uma situação de última palavra judicial.....	90
---	----

LISTA DE SIGLAS

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

CCJ - Comissão de Constituição e Justiça

CPC - Código de Processo Civil

CR - Constituição da República

CTN - Código Tributário Nacional

EC - Emenda Constitucional

e.g. - *exempli gratia*

HC - Habeas Corpus

MS - Mandado de Segurança

PEC - Proposta de Emenda Constitucional

STF - Supremo Tribunal Federal

TRFs - Tribunais Regionais Federais

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO: A RELEVÂNCIA DO DEBATE DA LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NA TENSÃO CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA.....	15
2	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	27
2.1	CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL 29	
2.2	AS CARACTERÍSTICAS E O IMPACTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NA PRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	35
3	SEPARANDO AUTORIDADE E JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE <i>EX ANTE</i> DO CONTROLE JUDICIAL DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS	41
3.1	ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À LEGITIMIDADE <i>EX ANTE</i> : O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS COMO COMPETÊNCIA CONSTITUCIONALMENTE DADA AO STF	44
3.2	ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À LEGITIMIDADE <i>EX ANTE</i> : O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS COMO COMPETÊNCIA NÃO ATRIBUÍDA AO STF.....	48
3.2.1	A inexistência de autoridade explícita: debate sobre os termos “ato normativo” e “processo legislativo”	48
3.2.2	A inexistência de autoridade implícita: a confusão entre teoria da autoridade e teoria da justiça	55
3.2.3	Reflexões sobre a existência ou não de “normas constitucionais inconstitucionais”: paradoxos de difícil resolução.....	61
3.3	REFLEXÕES CONCLUSIVAS: O RISCO DA SUPREMACIA JUDICIAL NA CONFUSÃO ENTRE AUTORIDADE E JUSTIÇA	68
4	ALIANDO AUTORIDADE E JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE <i>EX POST</i> DO CONTROLE JUDICIAL DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS	69
4.1	ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS: PRESERVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO CONTRA ATAQUES DO PODER REFORMADOR	73
4.2	ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS: IMPEDIR O “GOVERNO DOS VELHOS SOBRE OS NOVOS”	79

4.3	UMA CONCILIAÇÃO POSSÍVEL? PENSANDO FORMAS ENROBUSTECER DEMOCRATICAMENTE O CONTROLE JUDICIAL DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS.....	92
4.3.1	A possibilidade de produzir melhores decisões em realidades constitucionais como a brasileira	93
4.3.1.1	Analiticidade, petrificação e um “facilitado” procedimento de reforma constitucional.....	94
4.3.1.2	Problemas sociais, políticos e econômicos tipicamente terceiro-mundistas.....	98
4.3.2	A possibilidade de viabilizar democraticamente o instituto: diálogos, deliberação e supermaiorias.....	103
5	CONCLUSÃO: CONTROLE LEGÍTIMO OU ILEGÍTIMO?	111
6	REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO: A RELEVÂNCIA DO DEBATE DA LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NA TENSÃO CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

“Ante o exposto, em caráter excepcional, e sujeito ao referendo do Colegiado, defiro a medida cautelar pleiteada, para suspender os efeitos da Emenda Constitucional (EC) 73/2013”.¹ Nestes termos, o então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Joaquim Barbosa, suspendeu monocraticamente os efeitos de uma emenda constitucional durante o plantão judiciário, em julho de 2013. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.017, que reputava inconstitucional a EC nº 73/2013. Findo o plantão, os autos foram remetidos ao relator, Ministro Luiz Fux, e até hoje, passados nove anos, os efeitos da emenda permanecem suspensos por força da liminar monocrática.

A emenda suspensa, EC nº 73/2013, previa a criação de novos Tribunais Regionais Federais (TRFs) em quatro estados do Brasil. O trâmite da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) durou mais de 12 anos, vez que foi proposta inicialmente em 2001. Debatida longamente, mobilizando diversas associações profissionais (sobretudo de juízes, advogados, defensores e procuradores), suscitando discussões na sociedade acerca das vantagens e desvantagens do projeto, bem como acerca de sua constitucionalidade, a PEC foi aprovada.² Para tal, teve de respeitar rigoroso procedimento do art. 60 da Constituição da República: apresentação por legitimado constitucional; debate acerca de sua constitucionalidade em comissão própria (esta, criada pelo Regimento Interno do Senado); aprovação em dois turnos, nas duas casas do Congresso Nacional, por maioria de três quintos dos seus membros; promulgação pela mesa da Câmara e do Senado.³

¹ STF. ADI 5.017, rel. min. Luiz Fux (medida cautelar concedida pelo min. presidente Joaquim Barbosa), Decisão: 18-07-2013, Publicação: 01-08-2013.

² CONJUR. **Congresso promulga emenda e cria quatro tribunais regionais federais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-06/congresso-promulga-emenda-cria-quatro-tribunais-regionais-federais>>. Acesso em: 18 de nov. 2019.

³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (...)

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Atingir três quintos do total de membros do Congresso Nacional significa obter um relativamente largo consenso acerca de uma matéria em meio aos representantes eleitos nos diferentes estados, dentro dos mais diversos partidos. Em modelos “rígidos” como o brasileiro⁴, o ato de mudar a constituição deve exigir um procedimento mais dificultoso do que a alteração de outras espécies legislativas. A exigência constitucional de 60% de consenso entre os representantes, eleitos por mais de 100 milhões de eleitores ao redor do Brasil, exprime a seguinte preocupação: apenas matérias amplamente aceitas pela sociedade, por representação, devem ingressar na Constituição. Independentemente do juízo de oportunidade - ou mesmo de constitucionalidade - que possamos fazer acerca da EC nº 73/2013, algo é indiscutível: trata-se de uma matéria aprovada com alto grau de legitimidade democrática a partir dos trâmites constitucionalmente estabelecidos.

No entanto, quando Joaquim Barbosa suspendeu os efeitos da emenda aprovada, *uma decisão de uma pessoa, que não recebeu um voto sequer em seu nome, sobressaiu-se sobre a decisão de mais de 357 parlamentares, eleitos por mais de 100 milhões de pessoas do povo.*

É evidente que os ministros do STF também possuem alguma legitimidade democrática, que se encontra calcada em uma série de fatores (atribuições constitucionais, indicação pelo Presidente da República, aprovação por parte do Senado Federal, etc). No entanto é plenamente possível aceitar a legitimidade de uma Corte, mas ao mesmo tempo *debater os limites* de sua atuação, exercício que tem sido há muito realizado pela teoria constitucional contemporânea, nacional e internacional (tal tema será esmiuçado ao longo do trabalho).

É evidente, também, que este caso é excepcional, anedótico, vez que geralmente a declaração de inconstitucionalidade de emendas não ocorre pela via monocrática e liminar, vigorando ativa por anos⁵. Inobstante, em tantos outros casos, decisões

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...)

⁴ Nos manuais de direito constitucional, modelo “rígido” é aquele cujo procedimento de reforma constitucional exige procedimento diverso da reforma da legislação ordinária. Tal classificação, no entanto, não leva em consideração fatores como quão difícil é este procedimento em relação aos demais modelos “rígidos”. Neste sentido, modelos ditos rígidos podem ser, na prática, bastante “flexíveis”, permitindo maiores taxas de emendamento, por exemplo.

⁵ ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Judicial de Emendas Constitucionais**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2018, p. 76.

análogas foram tomadas maioria de ministros⁶ (tema será esmiuçado em tópico dedicado à prática do STF). Neste sentido, seja na decisão tomada por um ministro, seja na decisão tomada por seis, sete, ou onze, ainda que em intensidades diferentes, permanece existindo um “desconforto democrático” na contraposição entre a decisão de um tribunal não eleito com a de um parlamento eleito.⁷ Este trabalho, portanto, não é um estudo de caso, focado no caso da suspensão liminar da emenda de criação dos TRFs. Este é um exemplo que apenas demonstra a força a que pode chegar tal controle. Debater a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade de emendas é, portanto, o intento deste trabalho.⁸

Segundo Nimer Sultany, no centro do paradoxo entre constitucionalismo e democracia, encontra-se o tema do controle de constitucionalidade. Isto porque esta categoria exacerba o caráter paradoxal dos dois conceitos: **(a)** para alguns, limitar a democracia por meio do controle de constitucionalidade promovido pelas cortes seria, na verdade, uma condição de existência e sustentação da própria democracia; **(b)** para outros, limitar a democracia por meio do controle de constitucionalidade promovido pelas cortes seria uma forma de esgotar seu conteúdo, vez que democracia seria o governo do povo, da soberania popular e do princípio majoritário⁹.

O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais é, neste contexto, elemento limítrofe para o debate do paradoxo entre constitucionalismo e democracia, isto porque, conforme consigna Conrado Hübner Mendes, a emenda constitucional é o ato democrático mais robusto emitido pelos poderes democraticamente eleitos. Segundo o autor, possibilitar que uma corte faça controle sobre o próprio texto a que está vinculada (vez que as emendas, quando aprovadas, passam a integrar o texto), seria possibilitar que a corte faça controle mesmo do mais democraticamente robusto ato. Enquanto o controle de constitucionalidade de legislação comum seria a fiscalização constitucional de um ano que exige um quórum de maioria simples, sendo – portanto – um ato ordinário do Legislativo, o controle de emenda seria o equivalente a adjudicar ao Judiciário a última palavra definitiva sobre

⁶ e.g. ADI 2395, ADI 939, ADI 2031.

⁷ SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 189-201.

⁸ Quando me refiro a este tema, faço referência ao controle de constitucionalidade das emendas à constituição federal, não às constituições dos estados.

⁹ SULTANY, Nimer. State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. **Harvard Civil Rights Review**, v. 47, p. 371, 2012.

a constituição (caso ela exista – problematização que o autor levanta em momento posterior, botando em cheque suas próprias premissas), vez que, significaria que os poderes democraticamente eleitos jamais teriam um mecanismo “final” para se sobreporem às decisões do tribunal constitucional. Haveria, por exemplo, a possibilidade de superação de uma decisão em controle de constitucionalidade de emendas pela edição de uma nova emenda. Porém, um mecanismo que reservasse ao poder eleito o direito de possuir a palavra final estaria excluído. Portanto, é um debate que se encontra no cerne do paradoxo entre constitucionalismo e democracia.¹⁰

Um dos pontos que me provocou a pesquisar este tema é justamente uma certa *naturalização* que existe desta prática pela doutrina brasileira. A prática é geralmente colocada como uma realidade posta, e isso certamente se deve ao fato de que, conforme demonstrarei adiante, o controle de constitucionalidade de emendas é realizado pelo STF já há muitos anos. No entanto, causava-me estranhamento que os argumentos favoráveis à revisão judicial de emendas trazidos pela doutrina brasileira quase sempre pressupunham que não seria possível pensar em uma constituição estável no tempo sem este mecanismo.¹¹

Porém, esta não é uma prática presente em todos os países. Ou seja, é possível pensar estabilidade constitucional para além da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais¹². Os Estados Unidos, por exemplo, que possuem uma constituição muito durável, não dispõem de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais (muito embora o sistema e a frequência de emendamento dos EUA seja muito diversa da brasileira, conforme tratarei no tópico 4.3). O México também não dispõe do mecanismo, e sua constituição dura mais de 100 anos (a despeito de suas mais de 700 emendas¹³). Uma série de outros países poderia ser

¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 160.

¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena; **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. *Kindle version*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 207-208.

¹² “É quase um consenso entre juristas que um tribunal constitucional ou uma suprema corte, como é o caso do STF, deve ter a última palavra na interpretação da constituição e na análise da compatibilidade das leis ordinárias com a constituição. Mas muito menos consensual é a extensão desse raciocínio para o caso das emendas constitucionais”. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *in*: VALOR ECONÔMICO. **A Emenda e o Supremo**, 03 de mai. 2013. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-emenda-e-o-supremo>>. Acesso em 05 de out. 2019.

¹³ GIMÉNEZ, Francisca Pou; POZAS, Andrea. The Paradox of Mexico's Constitutional Hyper-Reformism Enabling Peaceful Transition while Blocking Democratic Consolidation. *In*: ALBERT,

citada, como a Noruega, a França e a Finlândia.¹⁴ Há, no entanto, outros países além do Brasil que adotam o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, como a Índia, a Colômbia, a Bolívia, Honduras, Alemanha, entre outros.¹⁵ Acerca da existência ou não de legitimidade do STF para realização do referido controle, uma série de autores já reconheceram que este não é um tema elementar e claramente pacificado.¹⁶

Ademais, acho importante demarcar algumas premissas importantes sobre o ponto de vista que adoto ao longo de toda a pesquisa, o que permitirá uma compreensão melhor dos rumos do trabalho, bem como de algumas opções metodológicas tomadas. As lentes que utilizo ao longo de toda a pesquisa são de um constitucionalismo preocupado com o agigantamento do papel do Poder Judiciário. Neste sentido, Gabriela Lima fez importante estudo visando definir o campo e algumas características daquilo que chama de “*constitucionalismo popular*”: basicamente, uma linha teórica cética em relação ao papel do controle de constitucionalidade nas democracias, questionando sua legitimidade e seus argumentos justificadores, visando assim, de alguma forma, reacender o caráter democrático do binômio “constitucionalismo e democracia”.¹⁷ Alguns dos nomes desta vertente são Larry Kramer¹⁸ e Mark Tushnet,¹⁹ e serão bastante presentes nas premissas do meu trabalho. No entanto, não me preocupo em me filiar como adepto a esta ou aquela

Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional change and Transformation in Latin America**. London: Hart Publishing, 2019, p. 232-233.

¹⁴ ROZNAI. Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p. 204-208.

¹⁵ ROZNAI. Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p. 204-208.

¹⁶ e.g. Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. In: CONJUR. **Professor da USP fala sobre a PEC 33 e embate de poderes**, 13 de jul. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>>. Acesso em 05. de out. 2019), Conrado Hübner Mendes (Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165-172.), Katya Kozicki e Eduardo Borges Araújo (Cf. KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequencia**. Florianópolis, 2015), Eneida Desiree Salgado (Cf. SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019).

¹⁷ LIMA, Gabriela Carneiro da A. B. **A tensão entre o Povo e as Cortes: a escolha do constitucionalismo popular**. 2014, 140 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Largo São Francisco. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 30-38.

¹⁸ KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Nova Iorque: Oxford University Press. 2004.

¹⁹ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Nova Jersey: Princeton University, 1999.

corrente. Em geral, diversos autores que, de alguma forma, têm colocado em cheque as balizas justificadoras do controle de constitucionalidade, ainda que o aceitem, visando uma potencialização do caráter democrático do constitucionalismo, compõem o quadro de influências que montam esta “lente” a partir da qual analisarei o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais: Jeremy Waldron,²⁰ Roberto Gargarella,²¹ Carlos Santiago Nino,²² Joel Colón-Ríos,²³ Vera Karam de Chueiri,²⁴ Miguel Gualano de Godoy,²⁵ Conrado Hübner Mendes,²⁶ Jairo Néia Lima²⁷ e Rodrigo Brandão²⁸ são alguns destes autores.

Vários destes defendem que a justa medida para que não se caia em um controle de constitucionalidade hipertrofiado é a não subversão do ideal de autogoverno da democracia. Democracia seria, em última análise a possibilidade de o povo governar a si próprio, tomando as decisões mais importantes para a construção de sua juridicidade e organização. A partir do momento em que as decisões mais importantes são transferidas à Corte, de tal sorte que não há mais autogoverno, mas sim indícios de que estas decisões são tomadas por terceiros (juízes), tem-se um modelo extremado de controle de constitucionalidade²⁹. Yaniv Roznai também utiliza a ideia de autogoverno democrático como parâmetro de análise da democraticidade das práticas institucionais. Em suma, este seria o direito que possui o povo de, de forma direta ou indireta (por meio de representantes), “dar a si mesmo uma constituição”, o que significa, em suma, poder mudar seu próprio texto constitucional. Nesta linha, não seriam democraticamente suportáveis práticas que conferem a terceiros ou a parte pequena da população o direito de mudar a constituição.

²⁰ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. v. 115, 2006.

²¹ GARGARELLA, Roberto. **La dificultad de defender el control judicial de las leyes**. Publicación: Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

²² NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

²³ COLÓN-RÍOS, Joel I. **Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power**. New York, Routledge, 2012.

²⁴ CHUEIRI, Vera Karam de.; GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo , v. 6, n. 1, p. 159-174, 2010.

²⁵ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

²⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁷ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165-172.

Diversamente, poderiam ser suportadas práticas que, ainda que submetessem este direito a algum controle, não o retirassem – substancialmente – das mãos do povo.³⁰ Esta será a baliza que norteará boa parte das reflexões que realizarei ao longo do trabalho.

É evidente, porém, que não se trata o fato de meu ponto de partida ser a preocupação com um Poder Judiciário agigantado, não fez deste trabalho uma grande defesa desarrazoada ou unilateral do fim do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. Pelo contrário, minha intenção foi me debruçar sobre teorias favoráveis e contrárias a este controle, visando contrapô-las, para buscar aquela que julgo a melhor resposta para as inquietações sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. No entanto, fugindo de qualquer ideal ingênuo de neutralidade, acho importante ressaltar que este trabalho de forma geral se debruçará com mais detalhes e mais atenção sobre os argumentos contrários ao controle de constitucionalidade de emendas, estando estes, inclusive, sempre postos depois dos argumentos favoráveis na ordem dos capítulos. Assim fiz por dois motivos: **(a)** considero que a leitura favorável ao controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, sobretudo no Brasil, é muito mais vasta e consolidada, de tal forma que acredito que a consolidação de argumentos contrários ao dado controle careceriam de maior atenção, podendo conferir uma contribuição acadêmica mais relevante; **(b)** é uma posição – a priori – mais condizente com os marcos teóricos que expus acima.

Conforme já mencionei acima, diversos autores reconhecem que não é clara ou consensual a possibilidade de realização de controle judicial de constitucionalidade de emendas.³¹ Todos estes foram utilizados a esmo por mim ao longo de toda a pesquisa, e são – certamente – minhas principais referências bibliográficas. No

³⁰ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p. 190.

³¹ e.g. e.g. Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. In: CONJUR. **Professor da USP fala sobre a PEC 33 e embate de poderes**, 13 de jul. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>>. Acesso em 05. de out. 2019), Conrado Hübner Mendes (Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165-172.), Katya Kozicki e Eduardo Borges Araújo (Cf. KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequencia**. Florianópolis, 2015), Eneida Desiree Salgado (Cf. SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019).

entanto, não encontrei nenhuma pesquisa cujo propósito principal fosse colocar em cheque a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade de emendas no Brasil. Ou seja, muito embora existam diversas críticas a esta prática, nenhum trabalho teve como propósito central o exercício de abstrair o fato de que este controle existe e é uma realidade posta, para questionar os fundamentos de sua legitimidade. É este o exercício que pretendo realizar.

Em termos de produções que já trataram do tema, há trabalhos brasileiros que questionam e apontam os déficits democráticos do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.³² Há alguns textos que tocam lateralmente no tema da legitimidade do controle de constitucionalidade de emendas,³³ ou mesmo que discutem a existência ou não desta competência na Constituição brasileira.³⁴ Ademais, é possível encontrar também trabalhos que analisam a postura do STF em controle de constitucionalidade de emendas.³⁵

Dentro desta gama de trabalhos, destaco os dois que mais se aproximam dos anseios que possuo nesta pesquisa. Em primeiro lugar, cito o trabalho de Jairo Lima (produto de sua tese de doutorado). O autor faz críticas ao controle de constitucionalidade de emendas sob a ótica de alguns dos principais referenciais que uso neste trabalho. Porém, a intenção da obra de Jairo Lima não é debater a legitimidade do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, e sim, a partir da visão crítica de Waldron³⁶ e Bellamy,³⁷ potencializá-lo democraticamente, tornando-o mais robusto. Desta forma, Lima reconhece a importância das críticas ao controle de constitucionalidade de emendas, e até admite que sua legitimidade possa

³² e.g. SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019.

³³ e.g. KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequencia**. Florianópolis, 2015.

³⁴ SCOTTI, Valentina Rita. Constitutional amendments and constitutional core values: the Brazilian case in a comparative perspective. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 3, p. 59-76, 2018.

³⁵ e.g. ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Judicial de Emendas Constitucionais**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2018.

³⁶ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. v. 115, 2006.

³⁷ BELLAMY, Richard. **Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2007.

ser discutida. No entanto, para os fins de sua pesquisa, toma a questão da legitimidade como resolvida.³⁸

Em segundo lugar, cito o trabalho de Conrado Hübner Mendes (produto de sua dissertação de mestrado). Este é certamente o trabalho que mais se aproxima dos anseios que possuo, eis que dedica um capítulo inteiro ao debate sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade de emendas sob a ótica da teoria de Jeremy Waldron.³⁹ No entanto, o autor diz expressamente em seu trabalho que a *intenção não é tentar resolver a controvérsia acerca da legitimidade do controle de emendas*, mas sim expor exemplificativamente os contornos deste debate como forma de discutir a justificação do controle de constitucionalidade como um todo. A linha que tomei no trabalho vai completamente ao encontro do que fez Mendes em seu trabalho (inclusive, o uso da teoria de Waldron acerca da justiça e da autoridade). Porém, diferentemente do autor, minha intenção é *precisamente tentar enfrentar a controvérsia acerca da legitimidade do controle de emendas*. Portanto, pretendo aprofundar e dar seguimento nos debates levantados por Conrado Hübner Mendes em seu texto.⁴⁰

Como já ressaltai, acredito que o principal motivo pelo qual o tema da legitimidade do controle judicial de emendas é tão pouco trabalhado é o fato desta ser uma prática amplamente consolidada pela academia e pela jurisprudência do STF (a Corte faz controle de emendas desde 1926, e, na vigência da atual Constituição, desde 1993). Assim, na visão de alguns, seria um tanto quanto “inócuo” debater uma legitimidade que, apesar de possuir fundamentos frágeis (nisto concordam todos os autores que citei acima), é aceita pelo STF, pelos demais Poderes e pela sociedade. Não haveria, inclusive, grande perspectiva de mudança deste entendimento, tornando pouco útil a discussão da legitimidade.

De forma alguma acuso de “panglossianismo institucional” os autores que optaram por não debaterem este tema⁴¹. Pelo contrário, acredito que existem boas

³⁸ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 3.

³⁹ WALDRON, Jeremy. A Right-based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, 1993

⁴⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴¹ “Panglossianismo institucional” seria a crença de que as instituições são dadas e consolidadas, e forma que são imutáveis. Assim, sequer faria sentido botá-las em cheque, baseada no personagem Dr. Pangloss, da obra “Cândido ou o Otimismo”, de Voltaire. Cf. MENDES, MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30-42.

razões para tal. É importante que a academia na área do direito produza conhecimento com perspectivas de impacto direto na prática forense, e neste sentido, o tema que ora proponho perderia um pouco a relevância. Ademais, em certos casos, é importante que mantenhamos “fixas” algumas variáveis para que possamos discutir outros temas, e isso foi muitas vezes realizado pelos autores que optaram por não adentrarem à discussão da legitimidade do controle judicial de emendas.

No entanto, defendo que, a despeito da inegável consolidação da prática pelo STF, a pesquisa pode possuir grande relevância em pelo menos três aspectos. Primeiramente, acredito que há um valor acadêmico “em si” ao se debater este tema, vez que a compreensão dos fundamentos pelos quais este controle começou a ser feito no Brasil, bem como a exposição das fragilidades da legitimidade desta prática, certamente irão revelar importantes signos sobre o constitucionalismo brasileiro (e aqui me refiro especificamente aos debates ligados à ideia de supremacia judicial).

Em segundo lugar, acredito que a indeferência da academia à autoridade das cortes e de outras instituições é algo fundamental para o próprio controle social que se exerce sobre o Poder Judiciário. Neste sentido, mesmo temas muito pacificados devem ser postos em discussão, sempre que possível. Isto constrange as instituições a melhores práticas (sobretudo o STF, que possui sobre si pouquíssimos mecanismos de controle),⁴² deixa em aberto a disputa sobre os conteúdos da Constituição e oxigena a academia e o debate público com novas ideias e novas soluções.

Em terceiro lugar, acredito que mesmo que não seja tangível ou modificável o entendimento majoritário sobre o controle de constitucionalidade de emendas, debater sua legitimidade demonstrando falhas, problemas e inconsistências pode ser útil para que saibamos lidar melhor com esta prática, buscando, ao menos, minimizações, conciliações e soluções intermediárias. Voltarei a falar especificamente sobre cada um destes três objetivos no capítulo conclusivo desta dissertação.

Além do desinteresse pelo tema da legitimidade, outro tópico análogo que tem gerado desinteresse e, sob certa ótica, até desvalorização do debate dos limites ao controle de constitucionalidade de emenda é uma certa deferência acadêmica exacerbada aos resultados empíricos de pesquisas quantitativas. Isto porque, pesquisas empíricas têm demonstrado que o controle de constitucionalidade de

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. *in*: Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 377-378.

emendas constitucionais pelo STF não tem sido tão intenso, no dia a dia da vida jurídico-política brasileira, quanto no caso da EC nº 73/2013, por exemplo. No entanto, ao contrário do que se pode presumir, estas objeções não são capazes de “diminuir” a relevância do problema, apresentado neste texto.⁴³

Prefacialmente, porque ainda que este trabalho se voltasse unicamente a este caso específico da emenda dos TRFs (e repita-se, não é), trata-se de situação – ainda que anedótica – em que a decisão de 60% dos representantes do povo foi sustada pelo ato liminar/precário de um só agente estando a emenda suspensa há mais de nove anos, o que já tornaria o caso relevante o suficiente para suscitar uma discussão acerca da legitimidade do STF. Pesquisas de caso sobre diversas decisões específicas de cortes têm sido produzidas, com grande relevância, notadamente pela possibilidade de entender muito do macro através de uma pesquisa micro.

Até porque, se um controle nestes moldes ocorreu, uma vez que seja, nesta intensidade (e tantas outras em intensidade menor), é notório que isso pode voltar a ocorrer. Sem dúvidas, um problema concreto é sempre pior do que um problema em abstrato, e neste sentido, se a prática do STF no controle de constitucionalidade de emendas não tem sido tão exacerbada, no dia a dia, quanto no caso da EC nº 73/2013, tem-se um dado “positivo” sob a ótica da preocupação com uma exacerbação do papel do Poder Judiciário no Brasil. De toda forma, na linha do que argumentam Gustavo Torres e Letícia Kreuz⁴⁴ acerca do controle de constitucionalidade de emendas, versando sobre o pensamento de Mark Tushnet,⁴⁵ a mera possibilidade – ainda que virtual – de revisão das mais relevantes decisões do parlamento pelos tribunais, gera um impacto na própria atuação legislativa (que se autolimita tendo em vista um virtual controle de constitucionalidade), além – claro – do perigo constante do arbítrio judicial, que uma vez ocorrido, pode se manifestar novamente.

⁴³ EL HORR, Arthur Passos; PEGORIM, Ana Clara Pegorim; ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni; LIMA, Jairo Nêia. In: **Emendas Constitucionais Inconstitucionais no Brasil**: aspectos teóricos e empíricos. Evento promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGD – UENP), 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TX5tJv2i3bE&ab_channel=PPGD-UENP>.

⁴⁴TORRES, Gustavo Nascimento; KREUZ, Letícia Regina Camargo. O fortalecimento do controle político preventivo de emendas como alternativa à supremacia judicial no Brasil. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, v. 8, n. 1, p. 165-176, 2021, p. 8.

⁴⁵ TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights. In: **Weak Courts, Strong Rights**. Princeton University Press, 2009

Neste sentido, ainda que se valha da - e dialogue com a - pesquisa empírica, este trabalho valoriza a relevância própria da pesquisa normativa, renegando uma atitude de aceitar a realidade como ela se apresenta. E não há, nesta postura, qualquer negação do papel prático desta pesquisa, que jamais vira as costas para a realidade e para sua contribuição concreta. No entanto, o vetor normativo desta pesquisa opta por considerar “em aberto” todas as variáveis, acreditando na função da academia de contribuir, de forma indeferente à autoridade, com respostas que possam elucidar aspectos que, por vezes, a prática forense não é capaz de captar. Não admito, neste sentido, o fato de não ser tão exacerbado o controle de constitucionalidade de emendas na prática (conclusão com a qual, inclusive, sob certa medida discordo), como fator para desconsiderar a relevância deste debate. Até porque, a intensidade da atuação dos tribunais é variável, e o debate acerca da legitimidade da atuação dos poderes não pode tornar-se relevante apenas em momentos de grande atuação, sob pena de torná-lo causuísta, oportunista e sazonal. Tampouco acredito que, uma vez que o STF disse ser possível a realização do controle de constitucionalidade de emendas, o tema esteja pacificado e impassível de discussão, até porque o próprio tribunal admite o *overruling* de seus entendimentos. E ainda que tal entendimento nunca seja revisto, o questionamento da legitimidade pela academia presta um relevante papel de “controle social” da atuação das cortes, o que colabora para o aprimoramento de sua atuação.⁴⁶

O presente trabalho tem foco no controle material, e não formal, de constitucionalidade das emendas constitucionais, justamente por exacerbar o debate acerca da contraposição entre decisões sobre temas relevantes nos diferentes Poderes. A legitimidade do controle de constitucionalidade de emendas será debatida, no presente trabalho, com base em dois planos, conforme as teorias de Waldron⁴⁷ e Mendes⁴⁸: **(a)** de um lado, o plano que pressupõe a *separação entre teoria da autoridade e teoria da justiça*, a partir do qual a legitimidade se verifica pela existência ou não, *ex ante* de um mandamento constitucional ou legal claro e expresso que determina o controle de constitucionalidade de emendas; **(b)** do outro lado, temos o

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. *in*: Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 377-378.

⁴⁷ WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Nova Iorque: **Oxford University**, 1999.

⁴⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

plano da *união entre teoria da autoridade e justiça*, em que se discute a existência ou não de uma legitimidade *ex post*, advinda da possibilidade de produção de resultados melhores a partir do controle judicial de emendas.

No capítulo 2, farei uma análise totalmente positiva/ontológica acerca do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil, analisando de que forma ele começou a ser realizado, sob quais fundamentos, e quais são seus impactos. No capítulo 3, faço uma análise normativa, visualizando, sob a ótica da teoria da autoridade, se há ou não uma legitimação constitucional expressa para o exercício do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. No capítulo 4, a análise é normativa e positiva, buscando abordar argumentos favoráveis e contrários ao controle de constitucionalidade de emendas como uma alternativa interessante para a consecução dos objetivos do constitucionalismo, conjugando-os também com fatores materiais e argumentos pragmáticos da realidade brasileira, visando checar a viabilidade deste mecanismo no Brasil.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme já citei anteriormente, o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais não é uma prática necessariamente inerente ao constitucionalismo e, portanto, não está presente em todas as democracias constitucionais. Em suma, a revisão judicial de emendas constitucionais é uma decisão política/institucional de algumas sociedades, e ela pode se tornar possível com base em diversos fundamentos e condições históricas. Em termos de *constitution-making*, são variáveis mais relevantes para a definição da possibilidade ou não de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, primeiramente – por óbvio – a previsão expressa, ou não, desta possibilidade; e em segundo lugar a previsão, ou não, de cláusulas pétreas, eis que estas definirão, com maior ou menor clareza, se existem limites materiais ao poder de reforma constitucional. Saindo do *constitution-making*, uma terceira variável relevantíssima é a interpretação constitucional realizada pela corte constitucional (ou assemelhada), que poderá vir a definir, a partir das duas primeiras variáveis, a possibilidade ou não de controle de constitucionalidade de emendas, bem como seu alcance. Retomando, portanto, o argumento inicial: controlar ou não judicialmente o poder constituinte reformador é uma escolha institucional, que

de forma sincrônica e diacrônica perpassa o texto constitucional e a interação dos Poderes em uma dada experiência e contexto político.

Embora eu não pretenda realizar um esforço exaustivo de sistematizar o tema no direito comparado, me valho de pesquisas que se ativeram com maior afinco a esta tarefa, como a de Jairo Lima⁴⁹ e Yaniv Roznai⁵⁰ (aqui me valho de uma classificação elaborada por mim com base nos estudos deste). No que diz respeito aos países que exercem – de fato – o controle judicial material de constitucionalidade de emendas, verificamos que há: **(a)** países em que a constituição expressamente prevê a possibilidade do controle judicial material de constitucionalidade de emendas constitucionais (e.g. Equador, Tunísia e Romênia); **(b)** países em que a constituição não prevê expressamente tal possibilidade, mas que a corte constitucional (ou órgão que o valha) entende, considerando haver cláusulas pétreas, ser possível controlar a constitucionalidade de emendas (e.g. Alemanha e República Checa); **(c)** países em que não há a previsão expressa de tal possibilidade, como no caso anterior, mas que mesmo não havendo cláusulas intangíveis, a corte constitucional (ou órgão que o valha) entende ser possível a revisão judicial de emendas com base em valores implicitamente imodificáveis (e.g. Índia e Colômbia).⁵¹

Evidentemente, há também os países que não permitem o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, sendo eles os que: **d)** expressamente proíbem o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais (e.g. Paquistão); **e)** não possuem cláusulas pétreas, tampouco permitem o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais (e.g. Nova Zelândia, Israel, Reino Unido); **f)** possuem cláusulas pétreas, mas não permitem o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais (e.g. França, Noruega e Estados Unidos da América). Estes, no entanto, não são tão relevantes para a reflexão ora carreada.⁵²

Considerando que – na seara do que já expus na introdução – o controle de constitucionalidade de emendas é uma realidade no Brasil, o objetivo do presente

⁴⁹ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 135-153.

⁵⁰ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p. 197-208.

⁵¹ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p. 197-208.

⁵² ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p. 197-208.

capítulo é fazer uma análise positiva/ontológica de como esta prática foi consolidada, por quais fundamentos, e de que forma este poder é exercido pelo STF, situando – inclusive - o caso brasileiro entre um dos exemplos comparados mencionados (“a”, “b” ou “c”). A compreensão da “origem” desta prática no Brasil fornecerá um ponto de partida relevante para a posterior análise acerca da correção ou não destes fundamentos, buscando debater a legitimidade do instituto.

2.1 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

O Brasil possui um raro pioneirismo em matéria de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.⁵³ Enquanto em muitos países o controle de constitucionalidade de emendas vem sendo adotado de forma crescente como uma novidade contemporânea,⁵⁴ no Brasil o primeiro caso de afirmação de competência do tribunal constitucional para realização de controle judicial de emendas ocorreu em 1926, quando do julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 18.178.⁵⁵ Neste caso, o STF não exerceu o controle de constitucionalidade de emendas, mas declarou expressamente sua autoridade para realiza-lo, ao menos no que diz respeito aos limites formais.⁵⁶

Em outra oportunidade, em 1980, quando do julgamento do Mandado de Segurança (MS) nº 20.257, o STF se afirmou competente para realização de controle de constitucionalidade prévio de *propostas de emenda*. Neste caso, entendeu a corte ser possível “travar” a votação de emenda inconstitucional, sobretudo com base no termo “não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir” (presente na Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69, e repetida pela atual Constituição). Em suma, o parlamentar teria seu direito líquido e certo ao devido processo legislativo violado por ato coator do presidente ou da mesa da casa

⁵³ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 146. (nota de rodapé nº 22)

⁵⁴ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p. 21.

⁵⁵ STF. HC 18.178, rel. min. Hermenegildo de Barros, Julgamento: 11/09/1926.

⁵⁶ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 172.

legislativa.⁵⁷ Este precedente persiste até hoje,⁵⁸ mas por tratar de controle prévio de proposta de emenda, não será objeto da preocupação central deste trabalho.

Acredito que muito daquilo que chamei no capítulo introdutório de “naturalização” do controle de constitucionalidade de emendas como uma prática possível no Brasil, guarda relação com esta “tradição consolidada” de origem remota na jurisprudência do STF. Conforme ressalta Jairo Lima, precedentes como o do HC nº 18.178 foram repetidos diversas vezes ao longo dos anos tanto pela própria jurisprudência do STF como pela doutrina como justificadoras do referido controle.⁵⁹

Sob a égide da atual Constituição, a primeira manifestação relevante do STF sobre o controle de constitucionalidade de emendas se deu na ADI nº 466, que debatia a inconstitucionalidade da PEC nº 01/1988, que previa, mediante aprovação plebiscitária, a extensão de casos de pena de morte. Ocorre que esta PEC ainda estava tramitando quando da arguição de inconstitucionalidade, motivo pelo qual entendeu o STF não ser possível realizar controle de constitucionalidade de propostas de emenda ainda sob deliberação.⁶⁰ A arguição de inconstitucionalidade de propostas de emenda ainda em trâmite já era possível por meio de MS interposto por parlamentar.⁶¹ Porém, o entendimento pela impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade de PECs ainda não aprovadas pela via da ADI, persiste até hoje.⁶²

Uma segunda manifestação relevante da corte sobre o tema ocorreu quando do julgamento das ADIs nº 829, nº 830 e nº 833, que questionavam a constitucionalidade da EC nº 2/92, que antecipava o plebiscito do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Neste caso, houveram substanciais manifestações do STF afirmando a sua competência para controlar judicialmente as emendas constitucionais, a exemplo do pronunciamento do relator, Ministro Moreira Alves:

não há dúvida de que, em face do nosso sistema constitucional, é esta corte competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a

⁵⁷ STF. MS 20.257, rel. min. Moreira Alves, Julgamento: 08-10-1980, Publicação: 17-09-1980.

⁵⁸ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.172.

⁵⁹ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 172-173.

⁶⁰ STF. ADI 466, rel. min. Celso de Mello, Julgamento: 03-04-1991, Publicação: 10-05-1991.

⁶¹ STF. MS 20.257, rel. min. Moreira Alves, Julgamento: 08-10-1980, Publicação: 17-09-1980.

⁶² LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 174.

constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional – como sucede no caso- impugnada por violadora de cláusulas pétreas implícitas ou explícitas.⁶³

Vê-se aqui, portanto, um primeiro elemento fundamentador da legitimidade do STF para realização do controle judicial de emendas: *a existência de cláusulas pétreas*. Não há neste acórdão qualquer referência à existência de uma competência expressa propriamente dita. O único fundamento utilizado é, de fato, a existência de cláusulas intangíveis.⁶⁴ Este julgamento acabou não sendo, porém, o julgamento paradigmático de definição de sua própria competência pelo STF, eis que as ADIs em tela foram rejeitadas, e o controle de constitucionalidade não foi exercido.⁶⁵

O terceiro, e mais importante, julgamento do STF no sentido de sedimentar a prática e os fundamentos do controle de constitucionalidade de emendas sob a égide da atual Constituição, foi o da ADI nº 926, ocorrido em 1993.⁶⁶ Foi a primeira vez, no pós-1988, que a corte exerceu, de fato, o controle judicial de uma emenda constitucional (no caso, a EC nº 3/93, que tratava sobre a autorização da União para instituição de um novo imposto sobre movimentações financeiras). Apesar da haver atualmente uma “naturalização” da prática do controle judicial de emendas, cabe ressaltar que no julgamento da referida ADI, o STF se deu ao trabalho de julgar preliminarmente – quando do debate acerca do conhecimento ou não da ação – se possuía ou não esta competência.⁶⁷ Restou decidido, como sistematiza bem a ementa:

1 – Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102, I, “a” da C.F.).^{68 69}

⁶³ STF. ADI 829, rel. min. Moreira Alves, Julgamento: 14-04-1993, Publicação: 14-04-1993; STF. ADI 830, rel. min. Moreira Alves, Julgamento: 14-04-1993, Publicação: 14-04-1993; STF. ADI 833, rel. min. Sydney Sanches, Julgamento: 14-04-1993, Publicação: 14-04-1993

⁶⁴ NASCIMENTO, Lucas do. **O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Monografia de Graduação – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013, p. 85.

⁶⁵ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 174-175.

⁶⁶ STF. ADI 926, rel. min. Sydney Sanches, Julgamento: 01-09-1993, Publicação: 01-09-1993.

⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. In: CONJUR. **Professor da USP fala sobre a PEC 33 e embate de poderes**, 13 de jul. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>>. Acesso em 05. de out. 2019.

⁶⁸ STF. ADI 926, rel. min. Sydney Sanches, Julgamento: 01-09-1993, Publicação: 01-09-1993

⁶⁹ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 176.

Em termos de fundamentos utilizados pelo Supremo na ADI nº 926 para legitimar esta sua competência, notabilizam-se os dois únicos argumentos que serão, ao longo dos anos, repetidos e revisitados pelo STF para justificar a prática: **(a)** a legitimidade implícita, extraída por um imperativo “lógico” a partir da existência de cláusulas pétreas no art. 60, §4º da Constituição⁷⁰; **(b)** a legitimidade explícita, presente no art. 102, I, “a” da Constituição.⁷¹

O primeiro argumento, relativo à existência de uma legitimidade implícita e “lógica” conferida pela Constituição a partir da constitucionalização de cláusulas pétreas, é o mais utilizado e fundamentado. Em verdade, ele é a verdadeira *ratio decidendi* da ADI nº 926 no ponto relativo à legitimidade do controle de emendas, e permaneceu sendo o fundamento principal desta hipótese ao longo de toda a história constitucional pós-1988.⁷² Em suma, conforme ressalta o Ministro Celso de Mello no voto da ADI paradigma: “as emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis, também elas, com o texto da Constituição a que aderem. Daí, a sua plena sindicabilidade jurisdicional, especialmente em face do núcleo temático protegido pela cláusula de imutabilidade inscrita no art. 60, §4º”.⁷³ Ressalto, porém, que o STF não se manifesta sobre o fato de ser “implícita” a competência baseada neste fundamento. Porém, boa parte da doutrina, com a qual me filio, entende desta forma (conforme esclarecerei melhor ao fim deste tópico).⁷⁴

O segundo argumento é relativo à existência de uma legitimidade explícita no art. 102, I, “a” da Constituição, que dispõe da competência do STF para declarar a inconstitucionalidade de “lei ou ato normativo”. Este, argumento, apesar de ter relativo prestígio pela doutrina⁷⁵, é utilizado de forma muito tímida pelo STF, de tal sorte que mal poderia ser considerado como uma *ratio decidendi*. No caso da ADI nº 926, o dispositivo é citado na ementa como fundamento do controle de constitucionalidade

⁷⁰ Que dispõe: art. 60, § 4º “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”.

⁷¹ Que dispõe: Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;”

⁷² e.g. STF. ADI 1.501, rel. min. Marco Aurélio, Julgamento: 18-09-1996, Publicação: 09-10-1996; STF. ADI 2.395, rel. min. Gilmar Mendes, Julgamento: 09-05-2007, Publicação: 09-05-2007; STF. ADI 4.307, rel. min. Cármen Lúcia, Julgamento: 11-04-2013, Publicação: 11-04-2013.

⁷³ STF. ADI 926, rel. min. Sydney Sanches, Julgamento: 01-09-1993, Publicação: 01-09-1993.

⁷⁴ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 175-177.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 68.

de emendas, porém, não há qualquer justificação no corpo do acórdão do porquê se compreende as emendas constitucionais como abrangidas pelo referido artigo.⁷⁶ Seria por uma interpretação do termo “lei”? Interpretação do termo “ato normativo”? Ou outra interpretação?⁷⁷

O uso deste dispositivo como fundamento continuou ocorrendo, a exemplo da ADI nº 1420, em que o Ministro Néri da Silveira consignou: “O STF já decidiu que, no âmbito do art. 102, I, a da Lei Magna, compreende-se, também, a competência da Corte para julgar a validade de emenda à Constituição”.⁷⁸ Porém, como confirma o trecho acima colacionado, estudo monográfico realizado por Lucas do Nascimento atesta que o STF nunca se pronunciou de forma substancial acerca das razões pelas quais compreende haver esta competência explícita. As manifestações da Corte, geralmente, se resumem a citações do artigo.⁷⁹ É uma pena, pois conforme análise que realizarei nos capítulos subsequentes, a afirmação de competências expressas possui um peso democrático mais substancial em termos de legitimidade e aceitação.

Dentro do breve quadro que tracei no início deste capítulo sobre do tema no direito comparado, há, portanto, uma “disputa” acerca da narrativa histórica do controle de constitucionalidade de emendas no Brasil: o Brasil se enquadra entre os países cuja origem do controle é expressa (e.g. Equador e Tunísia), ou entre aqueles cuja origem é jurisprudencial, a partir de interpretação constitucional de uma competência implícita (e.g. Alemanha e República Checa)?^{80 81} Note que não estou realizando, ainda, um juízo acerca da existência ou não de legitimidade para a realização deste controle (o que será feito nos capítulos seguintes). Porém, partindo

⁷⁶ STF. ADI 926, rel. min. Sydney Sanches, Julgamento: 01-09-1993, Publicação: 01-09-1993.

⁷⁷ NASCIMENTO, Lucas do. **O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Monografia de Graduação – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013, p. 84-86.

⁷⁸ STF. ADI 1.420, rel. min. Néri da Silveira, Julgamento: 17-05-1996, Publicação: 17-05-1996. O referido caso também é trazido por LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 176; NASCIMENTO, Lucas do. **O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Monografia de Graduação – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013, p. 84-86.

⁷⁹ NASCIMENTO, Lucas do. **O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Monografia de Graduação – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013, p. 85.

⁸⁰ A Índia também se enquadraria aqui, mas o exemplo é um pouco diverso, pois lá entendeu-se pela possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas inexistindo sequer cláusulas pétreas. Por este motivo, não citei entre os exemplos.

⁸¹ ROZNAI. Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p. 122-123.

da constatação histórica de que este controle de fato ocorre, sua origem é constitucionalmente expressa? Ou adveio por interpretação jurisprudencial?

Autores como José Afonso da Silva, que entendem que a competência é literalmente atribuída pelo termo “ato normativo”, defendem a narrativa de que a origem do controle é constitucional-positiva⁸². No entanto, como demonstrei ao longo do capítulo, o próprio STF sempre entendeu por possuir tal competência com base em uma compreensão de conceitos constitucionais implícitos, notadamente a existência de cláusulas pétreas no art. 60, §4º da Constituição. Desta forma, sem adentrar ao juízo da existência ou não de legitimidade, a leitura que parece mais correta é a de que esta foi uma competência *auto atribuída* pelo STF, ou seja, uma criação jurisprudencial, conforme entendem Conrado Hübner Mendes,⁸³ Jairo Lima,⁸⁴ Eneida Desiree Salgado⁸⁵ e Yaniv Roznai.⁸⁶ O Brasil se enquadraria em exemplos como o da Alemanha e da República Checa, em que a competência não é expressa, mas sim, “implícita” ou “autodeclarada” pela Corte.⁸⁷

É evidente que a afirmação de que algo é uma “criação jurisprudencial” requer alguns cuidados. No fim das contas, tudo aquilo que é “criado jurisprudencialmente” possui, ao menos discursivamente, uma base constitucional. Desta forma, quem permitiu o casamento homossexual, por exemplo, foi a Constituição brasileira, não o STF. O Tribunal apenas entendeu pela existência desta possibilidade com base em preceitos constitucionais. No entanto, em termos de narrativa histórica, podemos dizer que esta possibilidade foi uma “criação jurisprudencial”, eis que não era algo que se encontrava de forma expressa e notória no texto constitucional.⁸⁸ Esta também parece a leitura mais correta acerca do controle de constitucionalidade de emendas no Brasil,

⁸² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 68.

⁸³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁸⁴ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 177.

⁸⁵ SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 201.

⁸⁶ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p. 122-123.

⁸⁷ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 177.

⁸⁸ STF. ADI 4.277, rel. min. Ayres Britto, Julgamento: 04-05-2011, Publicação: 05-05-2011.

e nisso concordam tanto autores claramente favoráveis ao controle⁸⁹ como autores que têm algumas ressalvas quanto a ele.⁹⁰ Isto não resolve, nem pretende resolver, o tema da legitimidade, mas será de grande importância para a tentativa de solucioná-lo que farei nos capítulos seguintes.

2.2 AS CARACTERÍSTICAS E O IMPACTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NA PRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os estudos empíricos sobre o comportamento do STF em controle de constitucionalidade de emendas constituem, certamente, a seara com produção mais robusta sobre o tema, a exemplo das obras de Ana Luiza Gajardoni de Mattos Arruda,⁹¹ Ana Clara Klein Pegorim,⁹² Laio Correia Morais⁹³ e sobretudo a tese de Jairo Lima.⁹⁴ Não irei me debruçar sobre as minúcias destes estudos, eis que não constituem objeto central do presente trabalho. Entretanto, ressaltarei as características mais gerais e importantes para o debate da legitimidade do controle de emendas, extraídas dos estudos empíricos.

Ana Clara Pegorim analisa o controle preventivo de constitucionalidade realizado sobre as PECs utilizando do Mandado de Segurança, durante os anos de 1988 e 2017. A interessante conclusão à qual chega a autora é de que nenhum dos *writs* foi concedido durante o período de quase 30 anos, sendo que somente cinco ações

⁸⁹ BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, p. 1-44, 2007, p. 3-4.

⁹⁰ Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011; SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 201; LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 177.

⁹¹ ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Judicial de Emendas Constitucionais**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2018.

⁹² PEGORIM, Ana Clara Klein. **Mandados de Segurança no Emendamento Constitucional: análise do controle de constitucionalidade preventivo**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2017.

⁹³ MORAIS, Laio Correia. **O Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas?** Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2011.

⁹⁴ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

tiveram – de fato – o mérito julgado⁹⁵. A conclusão da autora é a de que a atuação do STF, portanto, foi tímida e silenciosa, não havendo – aprioristicamente – razões para se alarmar com um eventual “agigantamento” do controle judicial preventivo de constitucionalidade de PECs.⁹⁶

Inobstante os números sejam expressivos em demonstrar uma inação do STF neste tipo de ação, discordo acerca da desnecessidade de preocupação com eventuais hipertrofias judiciais na hipótese do controle preventivo. Primeiramente, porque a própria autora reconhece que a principal razão de indeferimento dos *writs* são irregularidades formais ou condições da ação,⁹⁷ de tal sorte que a jurisprudência dos 30 anos analisados não é capaz de demonstrar – necessariamente – uma deferência judicial à autoridade do Congresso Nacional na deliberação de PECs. Não é possível, portanto, afirmar que o STF teria assentado sua jurisprudência no sentido da redução do papel do controle preventivo pelo Mandado de Segurança, que a qualquer momento pode vir a ser exercido (relembro aqui o argumento de Mark Tushnet no sentido de que a mera possibilidade do controle pelos tribunais já gera impactos na atuação política dos parlamentos).⁹⁸

Ademais, discordo da suposta “desnecessidade de alarmismo” porque nem sempre a hipertrofia da atuação judicial ocorre por meio do julgamento de mérito de ações. Ela pode ocorrer, também, por meio do julgamento negativo, ou mesmo por meio do não julgamento. Basta verificar o exemplo do Mandado de Segurança n.º 22.972/DF,⁹⁹ que foi impetrado por parlamentares do Partido dos Trabalhadores (PT) em 1997, alegando a inconstitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição 20-A/1995, que pretendia estabelecer o parlamentarismo no Brasil. Este *writ*, ainda que

⁹⁵ PEGORIM, Ana Clara Klein. **Mandados de Segurança no Emendamento Constitucional**: análise do controle de constitucionalidade preventivo. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2017.

⁹⁶ EL HERR, Arthur Passos; PEGORIM, Ana Clara Pegorim; ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni; LIMA, Jairo Néia. In: **Emendas Constitucionais Inconstitucionais no Brasil**: aspectos teóricos e empíricos. Evento promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGD – UENP), 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TX5tJv2i3bE&ab_channel=PPGD-UENP>.

⁹⁷ PEGORIM, Ana Clara Klein. **Mandados de Segurança no Emendamento Constitucional**: análise do controle de constitucionalidade preventivo. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2017.

⁹⁸ TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*. In: **Weak Courts, Strong Rights**. Princeton University Press, 2009. Tal argumento, neste contexto, foi utilizado pela primeira vez por TORRES, Gustavo Nascimento; KREUZ, Letícia Regina Camargo. O fortalecimento do controle político preventivo de emendas como alternativa à supremacia judicial no Brasil. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, v. 8, n. 1, p. 165-176, 2021, p. 8.

⁹⁹ STF. MS n.º 22.972/DF, rel. min. Alexandre de Moraes.

não tenha sido julgado, “tramitou” (entre aspas porque permaneceu quase sempre imóvel) por mais de 20 anos, tendo sido pautado por ao menos três vezes pela Presidência do STF (2002, 2016 e 2018) com a intenção de oferecer soluções ou para “aplar” momentos de crise entre os Poderes (ocasiões em que a possibilidade do parlamentarismo surgia como uma hipótese). Por fim, tal caso foi extinto por desistência. Inobstante não tenha sido julgado, é fato que – de certa forma – o *writ* empoderou o STF em certas ocasiões.

Ana Luiza Arruda, em outro relevante trabalho empírico, estabelece como hipótese de pesquisa o fato de o STF possuir uma atuação protagonista em se manifestar, em sede de ADI, sobre todos os temas importantes ligados às emendas constitucionais promulgadas. Esta hipótese, porém, não se confirmou: Arruda constatou que, a despeito da alta arguição de inconstitucionalidade de emendas, o STF só se pronuncia definitivamente em 17% delas. Destas, 57% foram julgadas totalmente improcedentes, enquanto 42% foram julgadas ao menos parcialmente procedentes, declarando a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional.¹⁰⁰ A autora considerou, a prior, os resultados “pouco alarmantes”, o que demonstraria uma atuação relativamente contida da Corte neste tipo de controle.¹⁰¹

Em que pese a excelência técnica do trabalho, discorda-se da sua conclusão final, retirada a partir dos dados levantados. Primeiramente, porque o pronunciamento definitivo sobre 17% das ADIs protocoladas em face de emendas constitucionais representa, segundo a própria autora, uma média de mais ou menos uma decisão terminativa sobre a constitucionalidade de emendas por ano, o que se contrapõe à promulgação de três a quatro novas emendas por ano pelo Congresso Nacional.¹⁰² Isso significa, ao menos virtualmente (eis que este processo está em constante andamento), que o STF se pronuncia sobre a constitucionalidade material de um terço a um quarto das novas emendas constitucionais promulgadas no país. Em quase metade destas, o STF declara algum tipo de inconstitucionalidade, o que não parece

¹⁰⁰ ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Judicial de Emendas Constitucionais**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2018, p. 76.

¹⁰¹ ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Judicial de Emendas Constitucionais**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2018, p. 79-80.

¹⁰² ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Judicial de Emendas Constitucionais**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2018, p. 76.

um número baixo ou pouco expressivo (sobretudo considerando que – na linha do que se argumentará – emendas constitucionais não são simetricamente comparáveis a leis ordinárias, e gozam de elevado consenso político).

Em segundo lugar, discorda-se porque – ainda que os números fossem inexpressivos (o que não acredito) – nem sempre a exacerbação ou não da atuação de uma corte poderá se verificar somente com base em estatísticas e percentuais. Isto porque, por vezes, uma só decisão pode possuir um grande impacto, enquanto muitas podem impactar pouco.

Há, neste sentido, alguns casos limítrofes em que o STF demonstra uma prática “pouco democrática” e “pouco deliberativa” no controle de constitucionalidade de emendas. O principal exemplo é aquele que dá início a esta dissertação, a ADI nº 5.017,¹⁰³ em que o então presidente do STF, Ministro Joaquim Barbosa, deferiu monocraticamente, no plantão judiciário, medida cautelar para sustar os efeitos da EC nº 73/2013, que criava quatro novos TRFs.¹⁰⁴ Alguns autores, como Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, têm trabalhado os riscos de uma atuação excessivamente individual dos ministros do STF.¹⁰⁵ Este não é o objeto do presente trabalho, porém, é evidente que se a atuação individual traz riscos democráticos no campo do controle de constitucionalidade de leis, ela evidentemente se torna mais perigosa no campo das emendas, em que supermaiorias legislativas, dotadas de robusta legitimidade democrática, são derrubadas por decisões de um só ministro. Neste sentido, não se pode ignorar – em detrimento de uma estatística (por mais relevante e técnica que seja) – o impacto dos casos desviantes e exacerbados para a definição da hipertrofia da atuação judicial, notadamente considerando a possibilidade virtual de repetição e o impacto que isso possui na própria atuação legislativa.¹⁰⁶

Inclusive, sobre este tema, o trabalho de Jairo Lima ressalta uma certa exacerbação das decisões concessivas de medidas cautelares no âmbito das ADIs

¹⁰³ STF. ADI 5.017, rel. min. Luiz Fux (medida cautelar concedida pelo min. presidente Joaquim Barbosa), Decisão: 18-07-2013, Publicação: 01-08-2013.

¹⁰⁴ STF. ADI 5.017, rel. min. Luiz Fux (medida cautelar concedida pelo min. presidente Joaquim Barbosa), Decisão: 18-07-2013, Publicação: 01-08-2013.

¹⁰⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. In: **Direito, Estado e Sociedade**. n.46, 2015, p. 121-135.

¹⁰⁶ TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights. In: **Weak Courts, Strong Rights**. Princeton University Press, 2009.

em face de emendas constitucionais, o que joga luz não apenas ao problema da individualização das decisões nesta seara, como também da sua precariedade.¹⁰⁷

Em terceiro lugar, por fim, discorda-se da conclusão porque o alarmismo que penso ser necessário ao se falar de controle de constitucionalidade de emendas no STF sequer reside na quantidade do controle, mas sobretudo no seu perfil. Isto porque, como afirma Jairo Lima, as pesquisas sobre controle de constitucionalidade de emendas apresentam uma atuação muito semelhante à atuação comum do STF no controle de constitucionalidade, seja em fundamentos/argumentos, seja em intensidade da atuação. Em boa parte dos contornos práticos, portanto, Jairo Lima identifica a inexistência de uma diferença muito clara entre o controle de emendas e o controle geral.¹⁰⁸ Basta verificar pelos Relatórios do Supremo em Números que os próprios percentuais de ADIs - em face de leis - julgadas no mérito em comparação àquelas efetivamente distribuídas, embora bastante variáveis de ano a ano, sempre permanecem em patamares relativamente baixos como as ADIs em face de emendas.¹⁰⁹ Jairo Lima ainda chama atenção para a semelhança das próprias argumentações utilizadas pelos Ministros no julgamento das duas modalidades: a própria definição do alcance e da abrangência das cláusulas pétreas pelo STF é tão incerta, que o parâmetro da decisão de inconstitucionalidade de uma emenda acaba sendo praticamente o mesmo que o utilizado para as leis ordinárias. Tudo isso, aliado ao fato de que o STF não parece se arrogar em substantivo ônus adicional para a declaração de inconstitucionalidade de uma emenda - seja argumentativo, seja procedimental (exigência de uma maioria mais ampla, por exemplo) acaba tornando os dois controles muito semelhantes.¹¹⁰

No geral, portanto, o comportamento do STF em controle de emendas segue a tendência de sua atuação no controle geral. Para fins da presente pesquisa, no entanto, ressalto três conclusões extraídas dos estudos empíricos acerca da prática do STF em controle de constitucionalidade de emendas constitucionais que julgo importantes para as reflexões que se seguirão acerca da legitimidade desta prática.

¹⁰⁷ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 218-220.

¹⁰⁸ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 218-220.

¹⁰⁹ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números**: o Supremo e o tempo. 2014.

¹¹⁰ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 218-220.

Em primeiro lugar, conforme ressalta Arruda, é inegável que se trata de uma prática muito consolidada. Os pronunciamentos de ministros de forma contrária ao controle são mínimos, a exemplo, curiosamente, do Ministro Joaquim Barbosa, quando do julgamento da ADI nº 2.760¹¹¹ (mesmo membro da corte que suspendeu liminarmente os efeitos da EC nº 73/2013), não havendo, ao que parece, um caminho visível de revisão do entendimento majoritário.¹¹²

Em segundo lugar, há uma preocupante indefinição jurisprudencial acerca do conteúdo das cláusulas pétreas, que constituem o parâmetro da declaração de inconstitucionalidade de emendas. Sobretudo em relação ao inciso IV do §4º do art. 60 da Constituição, que dispõe como intangíveis os “direitos e garantias individuais”, o STF nunca foi capaz de definir de forma clara qual seu alcance em abrangência (e.g. inclui direitos sociais? inclui artigos fora do título dos direitos fundamentais?). Isso acarreta incerteza e insegurança jurídica em relação ao controle de constitucionalidade de emendas, e mesmo em relação à produção das emendas pelo Poder Legislativo, eis que não é possível saber, seguramente, quais matérias são intocáveis e quais não são. Ademais, acaba abrindo portas a um ativismo judicial exacerbado e oportunista, eis que os ministros da corte podem pinçar determinados dispositivos como se pétreos fossem visando declarar a inconstitucionalidade de uma determinada emenda. Por fim, conforme consigna Laio Morais em trabalho monográfico, gera um problema de legitimidade, qual seja o fato de que o STF se declara competente para reconhecer a inconstitucionalidade de emendas constitucionais com fundamento na existência de cláusulas pétreas, porém, sequer sabe exatamente quais são elas.¹¹³

Em terceiro lugar, conforme já ressaltai anteriormente, Jairo Lima atesta que, na prática, não há relevante diferença de postura e intensidade entre o controle de constitucionalidade realizado pelo STF nas leis ordinárias e o realizado nas emendas

¹¹¹Cf. STF. ADI 2.760, rel. min. Joaquim Barbosa, Julgamento 22-09-2004, Publicação: 28-09-2004. “No que se refere aos demais dispositivos constitucionais atacados, é necessário observar que se admite o controle de constitucionalidade de emendas – entendimento em relação ao qual guardo ressalvas (...)”. O referido caso também é trazido por LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 177.

¹¹² ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Judicial de Emendas Constitucionais**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2018, p. 59-61.

¹¹³ MORAIS, Laio Correia. **O Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas?** Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2011, p. 60-61.

constitucionais. Esta constatação empírica se daria, segundo o autor, sobretudo pelo motivo exposto na afirmativa acima: a indefinição acerca das cláusulas pétreas gera um parâmetro de declaração de inconstitucionalidade muito elástico, podendo atingir patamares de amplitude quase semelhantes ao controle de constitucionalidade comum. Ademais, assim como no controle de constitucionalidade de legislação, no controle de emendas são deferidas medidas cautelares, é possível a declaração de inconstitucionalidade por maioria qualificada do plenário (seis ministros), e boa parte das ADIs propostas (83%, segundo Arruda¹¹⁴) sequer chegam a julgamento definitivo.¹¹⁵

Esta última constatação parece ser a mais preocupante, eis que, como veremos nos capítulos subsequentes, a teoria constitucional acerca das reformas constitucionais é construída a partir de uma distinção entre legislação ordinária e poder constituinte derivado, de tal sorte que mesmo os defensores do controle de constitucionalidade de emendas, em boa parte, defendem que as cortes devem agir de forma diferenciada nesta seara.¹¹⁶ A constatação das pesquisas empíricas de que, na prática, esta diferença não existe no âmbito do STF corrobora com as reflexões que farei adiante sobre a legitimidade do referido controle.

3 SEPARANDO AUTORIDADE E JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE EX ANTE DO CONTROLE JUDICIAL DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Neste capítulo pretendo analisar a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade de emendas no Brasil a partir de uma divisão entre teoria da autoridade e teoria da justiça. Esta divisão é proposta por Jeremy Waldron¹¹⁷, e vai de encontro às justificativas clássicas de legitimidade do controle de constitucionalidade

¹¹⁴ ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Judicial de Emendas Constitucionais**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2018, p. 61.

¹¹⁵ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 218-220.

¹¹⁶ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p. 193.

¹¹⁷ WALDRON, Jeremy. A Right-based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, 1993, p.32-34.

de emendas baseadas na “justiça da decisão” ou na “capacidade de proferir melhores argumentos”, tais como as de Ronald Dworkin.¹¹⁸

As teorias tradicionais da adjudicação constitucional sempre entenderam que o Poder Judiciário poderia agir declarando a inconstitucionalidade das leis justamente pelo fato de que sua racionalidade, seu espaço e a natureza dos argumentos que produz seria capaz de produzir decisões mais razoáveis sobre direitos. Parlamentos seriam fóruns de política, enquanto cortes seriam fóruns de princípios.¹¹⁹ No entanto, Waldron defende que este tipo de justificação promove uma indesejável confusão entre o que chama de teoria da autoridade e a teoria da justiça. Fundamentar a *autoridade* de um poder para decidir acerca de algum tema com base na *justiça* da decisão que ele virá a proferir seria um erro. Primeiramente, pelo fato de que esta separação entre argumentação de política e argumentação de princípios nem sempre ocorre de forma clara (e.g. parlamentos também interpretam a constituição, e também argumentam com base em princípios). Não haveria como garantir, na prática, que um poder de fato proferiria uma melhor decisão. Isto geraria um déficit democrático na atribuição da legitimidade, eis que se estaria atribuindo autoridade a um poder com base em argumentos hipotéticos, e não com base em decisões democraticamente tomadas pela sociedade. Ademais, isto poderia deixar a sociedade a mercê de decisões piores.¹²⁰

Diante da impossibilidade de se determinar com certeza se um poder tomaria de fato as melhores decisões, a melhor forma de se aferir a legitimidade de agir de um poder seria excluindo deste juízo os argumentos substantivos (teoria da justiça). A legitimidade seria, portanto, determinada por argumentos procedimentais, verificados por meio de atribuições constitucionais e legais expressas de competência aos poderes (teoria da autoridade).¹²¹

Considerando o desacordo moral sobre direitos existente na sociedade e no seio de todos os poderes, a forma mais segura de garantir um convívio razoável em uma comunidade seria garantir a correção e a mais ampla aceitação social dos

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Kindle version*. Martins Fontes, 2006, p. 32-34.

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Kindle version*. Martins Fontes, 2006, p. 42.

¹²⁰ WALDRON, Jeremy. A Right-based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, 1993, p. 34-36.

¹²¹ WALDRON, Jeremy. A Right-based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, 1993, p. 36.

procedimentos políticos. Desta forma, ainda que os agentes políticos não concordem com os *resultados substantivos* (teoria da justiça) de uma determinada decisão, ao menos concordariam com os *procedimentos* tomados, eis que definidos democraticamente, com aceitação de “todos” (teoria da autoridade). Isto garantiria, minimamente, a paz social e o respeito aos postulados democráticos, mesmo diante de decisões que, substancialmente, não fossem as mais satisfatórias.¹²²

Retomando o tema da legitimidade, só seria seguro e condizente com um ideal de autogoverno democrático que a competência de um poder estivesse disposta de forma expressa no ordenamento jurídico. A expressão procedimental do agir de um Poder na constituição ou em lei garantiria, posteriormente, a aceitação pela sociedade da decisão por ele tomada. Lógico que as decisões sempre poderiam ser questionadas. No entanto, jamais poderiam ser chamadas de ilegítimas. O mesmo não acontece em uma visão de legitimidade baseada na pressuposição (ficta) de que um poder irá proferir a melhor decisão.¹²³ Conforme Conrado Hübner Mendes estabelece, sob a ótica desta teoria, seria importante não confundir “quem deve decidir” com “o que se deve decidir”.¹²⁴

Há uma série de autores e autoras que não visualiza como consensual a possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas no Brasil, tais como Virgílio Afonso da Silva, Conrado Hübner Mendes, Katya Kozicki, Eduardo Borges Araújo, Eneida Desiree Salgado, etc¹²⁵. Desta forma, minha pretensão neste capítulo será, tomando como verdadeira a necessidade de separação entre teoria da autoridade e teoria da justiça, investigar a existência ou não de uma legitimidade procedimental constitucional para o agir do STF em controle de constitucionalidade de emendas. Trata-se, portanto, de uma legitimidade aferida *ex ante*, com base nos

¹²² WALDRON, Jeremy. A Right-based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, 1993, p. 45-47.

¹²³ WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Nova Iorque: **Oxford University**, 1999, p. 244.

¹²⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 190.

¹²⁵ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. In: CONJUR. **Professor da USP fala sobre a PEC 33 e embate de poderes**, 13 de jul. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>>. Acesso em 05. de out. 2019; MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011; KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequencia**. Florianópolis, 2015; SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 201.

postulados expressos do ordenamento, e não *ex post* (como aquela que pressupõe a justiça da decisão como critério de legitimidade).

Não necessariamente tomo, em definitivo, como preferível esta visão de legitimidade. No entanto, a considero importante para que possamos separar a discussão acerca da existência da legitimidade do controle judicial de emendas com base em duas visões diversas acerca do tema. Na análise deste capítulo, portanto, utilizando as premissas do positivismo normativo de Waldron¹²⁶, adquirirão muito mais importância os argumentos ligados à existência ou não de previsões expressas no texto constitucional, e muito menos importância as interpretações extensivas e os postulados substantivos e sistemáticos ligados à ideia de “produção da melhor decisão”. Estes não serão ignorados pelo trabalho, mas serão tratados apenas no capítulo 4, em que mudo as lentes de análise da legitimidade.

3.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À LEGITIMIDADE *EX ANTE*: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS COMO COMPETÊNCIA CONSTITUCIONALMENTE DADA AO STF

Neste tópico, quando me refiro a argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade de emendas, irei expor os principais fundamentos que visam defender que a Constituição da República conferiu legitimidade ao Poder Judiciário para controle de constitucionalidade de emendas. Não está em discussão, portanto, os bons ou maus resultados que a adoção desta prática podem trazer (esforço do capítulo 4, apenas), e sim, a existência ou não de autoridade do STF para o referido controle.

Uma primeira argumentação em favor da possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, que resolveria a discussão da legitimidade de uma forma mais simples, correspondendo plenamente aos postulados da teoria da autoridade, seria a de que a Constituição forneceu *expressamente* ao STF a competência para realização de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. Em suma, aqueles que advogam por esta tese defendem que as emendas constitucionais estão abrangidas pelos arts. 97 e 102, I, “a”, art. 103, §3º da

¹²⁶ WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Nova Iorque: **Oxford University**, 1999.

Constituição quando estabelecem que cabe ao STF declarar a inconstitucionalidade de “lei ou ato normativo”.

José Afonso da Silva se notabiliza como um dos principais defensores desta tese. Em suma, o autor advoga que a constituição fez o uso da expressão “ato normativo em sentido amplo”, ou seja, como um ato com função de normatividade. Segundo o autor, “atos normativos” seriam preceitos disciplinadores de algum vínculo ou vantagem, criando faculdades e exigências de ação, abstenção ou prestação. Desta forma, estariam englobados os atos normativos do Poder Executivo (decretos, regulamentos, etc), os atos normativos do Poder Judiciário (portarias, circulares, etc) e os atos do Poder Legislativo (leis, e as próprias emendas constitucionais).¹²⁷

Nesta mesma linha, Ana Luiza Arruda, em trabalho monográfico em que se debruça empiricamente sobre o tema do controle judicial de emendas, apesar de reconhecer que o texto do art. 102, I, “a” da Constituição “nada dispõe (...) sobre a possibilidade específica de controle de constitucionalidade de ECs”, advoga que esta competência foi dada a partir do uso genérico/amplo da expressão “ato normativo”. Desta forma, a generalidade do texto permitiu “o controle de constitucionalidade que envolva, assim, qualquer tipo de texto normativo, incluindo, nesses, a emenda constitucional.”¹²⁸

Arruda ainda defende que as emendas constitucionais poderiam ser classificadas como “leis em sentido *lato*”, eis que possuem – além do caráter normativo – um procedimento de aprovação muito semelhante ao das leis ordinárias e complementares.¹²⁹ Neste sentido, inclusive, argumenta-se que a “Subseção II – Da Emenda à Constituição”, na qual se encontra o art. 60, que versa sobre o procedimento de emendamento constitucional, está englobado na “Seção VIII – Do Processo *Legislativo*”, integrante do Capítulo I do Título IV da Constituição. Esta

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 68. A referida obra também é utilizada como referência por ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Judicial de Emendas Constitucionais**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2018, p. 61.

¹²⁸ ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Judicial de Emendas Constitucionais**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2018, p. 8-9.

¹²⁹ ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Judicial de Emendas Constitucionais**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2018, p. 8-10.

menção ao processo “legislativo” corroboraria o argumento de que emendas seriam, em verdade, “leis em sentido *lato*”.¹³⁰

Um segundo argumento que defende a existência de uma competência constitucional para o controle de constitucionalidade de emendas é aquela que interpreta que isso seria uma derivação lógica da própria existência de cláusulas pétreas no art. 60, §4º da Constituição.

Oscar Vilhena Vieira é o principal defensor desta visão. Segundo ele, a construção de um sistema com cláusulas pétreas teria apontado para a necessidade de não tornar o poder majoritário incontrolável em uma democracia. A existência de cláusulas pétreas significaria, portanto, o estabelecimento pelo constituinte de um contraponto de “proteção de direitos” ao ímpeto da “regra da regra da maioria” em uma tensão entre constitucionalismo e democracia. Não faria sentido, portanto, a existência de cláusulas pétreas se não para estabelecerem um limite jurídico (argumentos de princípios) à atuação dos órgãos políticos majoritários (argumentos de política).¹³¹ Segundo Vilhena Vieira,

A Constituição de 1988 ao ampliar os poderes do Supremo Tribunal Federal, autorizando que este realize o controle de constitucionalidade das emendas à Constituição, por razões não só de ordem formal, mas substancial ou material, definiu a prevalência do constitucionalismo sobre a democracia (...).¹³²

Em suma, sob esta argumentação, não haveria “razão de ser” às cláusulas pétreas se não houvesse outro “*veto player*”¹³³ capaz de afirmá-las em face do poder majoritário. E justamente por ser o poder que, sob a ótica destas teorias, tem por ofício a emissão de juízos sobre direitos, o Poder Judiciário seria o incumbido constitucional de proteger as cláusulas pétreas por meio do controle de constitucionalidade de emendas.¹³⁴

¹³⁰ EL HERR, Arthur Passos; PEGORIM, Ana Clara Pegorim; ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni; LIMA, Jairo Néia. In: **Emendas Constitucionais Inconstitucionais no Brasil**: aspectos teóricos e empíricos. Evento promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGD – UENP), 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TX5tJv2i3bE&ab_channel=PPGD-UENP>.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Kindle version*. Martins Fontes, 2006, p. 41-42.

¹³² VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: RT, 1994, p. 24.

¹³³ TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto**: como funcionam as instituições políticas. Editora FGV, 2014.

¹³⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 23-25.

Esta interpretação tomada por boa parte da doutrina brasileira, de que independentemente da existência ou não de autoridade expressa, possui bastante guarida na doutrina internacional e também na práxis constitucional comparada.

No aspecto *doutrinário*, por exemplo, Yaniv Roznai defende que mesmo inexistindo cláusulas pétreas, a mudança de aspectos nucleares da constituição que poderiam levá-la ao colapso seria implicitamente vedada em qualquer desenho constitucional. Assim sendo, não haveria problema de que a corte constitucional se arrogasse da competência para realização do controle de constitucionalidade de emendas inexistindo competência expressa ou mesmo cláusulas pétreas.¹³⁵ Neste sentido, defensores do controle de emendas a partir de disposições implícitas ressaltam que o próprio controle judicial de legislação comum teria surgido a partir de interpretações extensivas, utilizando o caso *Marbury v. Madison* como exemplo.¹³⁶

Em termos de *direito comparado*, também há países que adotaram o mesmo entendimento. Conforme já citei em capítulo anterior, há casos como o da Alemanha e da República Checa em que a interpretação das cortes constitucionais seguiu um modelo muito semelhante ao do Brasil, compreendendo que, havendo cláusula pétrea, cabe o controle judicial de emendas.¹³⁷ Há ainda, casos mais extremos, como o da Índia, em que a constituição sequer trazia expressamente cláusulas pétreas. Utilizando entendimento análogo ao de Roznai acima citado, a corte constitucional entendeu no caso *Kesavananda Bharati v. Kerala* (1973¹³⁸) que o preâmbulo da constituição indiana indicava quais eram as matérias mais fundamentais que, portanto, não poderiam ser modificadas, sob pena de mudança da estrutura básica da constituição.¹³⁹

Neste sentido, acerca da teoria do alemão Otto Bachof, que defende a possibilidade de existirem “normas constitucionais inconstitucionais”,¹⁴⁰ entende majoritariamente a academia que a teoria teria sido recepcionada “parcialmente” no

¹³⁵ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p, 225-226.

¹³⁶ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p, 225-226.

¹³⁷ SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 192.

¹³⁸ Supreme Court of India. *Kesavananda Bharti Sripadagalvaru v. State of Kerala*, 1973.

¹³⁹ COLÓN-RÍOS, Joel I. Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments. The **Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 275.

¹⁴⁰ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994, p. 22-26.

Brasil. Por um lado, ela não foi recepcionada, pelo fato de que normas do próprio texto constitucional originário jamais poderiam ser declaradas inconstitucionais. No entanto, a teoria seria recepcionada no que toca às normas constitucionais advindas de emenda, vez que estas sim, poderiam ser declaradas inconstitucionais. Haveria, portanto, na Constituição brasileira, uma prevalência entre normas constitucionais originárias sobre as normas constitucionais advindas de emenda.¹⁴¹

3.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À LEGITIMIDADE *EX ANTE*: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS COMO COMPETÊNCIA NÃO ATRIBUÍDA AO STF

Início o tópico ressaltando, novamente, como fiz no tópico anterior, que o que se visa discutir neste capítulo é a existência ou não de uma autoridade constitucional procedimental para a realização do controle judicial de emendas. Os argumentos ora apresentados, portanto, buscam demonstrar a inexistência de legitimidade para o referido controle sob uma ótica que separa teoria da justiça e teoria da autoridade, de tal sorte que legitimações “implícitas” ou baseadas em interpretações muito extensivas são insuficientes. Não há, ao menos por enquanto, preocupação em analisar se a revisão judicial de emendas é “boa” ou “ruim”. Ocorre que, muitas vezes autoridade constitucional e a busca por bons resultados se confundem nas teorias da legitimidade. E esta confusão, inclusive, será uma das tônicas no presente tópico.

3.2.1 A inexistência de autoridade explícita: debate sobre os termos “ato normativo” e “processo legislativo”

Conforme demonstrei no tópico anterior, o primeiro argumento favorável ao controle de constitucionalidade de emendas constitucionais sob a ótica da teoria da autoridade é aquele que entende que a Constituição conferiu *expressamente* ao STF esta competência. Separando autoridade e justiça, conforme me proponho neste capítulo, este seria o argumento mais forte - e em verdade, o único - para justificar a prática. Isto porque não justificaria o controle judicial de emendas com base na “justiça

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 196-197.

da decisão”, mas sim com base em um argumento de ordem procedimental, qual seja a atribuição expressa de legitimidade do Poder Judiciário para agir.

Aqueles que advogam pela existência de uma competência expressa, reprisando o argumento, defendem que as emendas constitucionais estão abrangidas pelo art 102, I, “a” da Constituição, quando estabelece que cabe ao STF declarar a inconstitucionalidade de “lei ou ato normativo”. Em suma, a Constituição teria utilizado o termo “ato normativo” em um sentido amplo, abrangendo os atos dos poderes que possuem finalidade/característica normativa, como decretos, regulamentos, portarias e as próprias emendas constitucionais.

Ocorre que, conforme pretendo demonstrar neste tópico, *emenda constitucional não é um ato normativo*, e, portanto, não pode ser interpretada desta forma. Primeiramente, utilizando um argumento da teoria constitucional, embora seja a emenda constitucional um “ato com fim de normatividade”, ela vai muito além disso. Em suma, conforme dispõe Karl Loewestein, o texto constitucional (e inclusive as emendas) possui uma dimensão política muito relevante para além da normativa, e assim sendo, é um ato robusto que constitui a sociedade enquanto comunidade, não se confundindo com uma lei.¹⁴² Neste sentido, Jairo Lima ressalta que a emenda constitucional é um ato advindo do poder constituinte derivado, situando-se abaixo do poder constituinte originário (eis que claramente este limita os poderes daquele) mas acima da legislação comum.¹⁴³

Agora, peço licença para realizar algumas análises relativas ao estudo lógico e linguístico do termo “ato normativo”, valendo-me de alguns postulados históricos ligados à tradição jurídica brasileira que, apesar do risco de originalismo, julgo importantes para a demonstração de que emendas constitucionais não são atos normativos.

Adentrando brevemente a doutrina do direito público brasileiro, cabe ressaltar que a expressão “ato normativo” sempre foi utilizada majoritariamente em um sentido “estrito”, mais precisamente no campo do direito administrativo, para definir atos da administração pública que não possuem finalidade concreta, mas sim, abstrata e normativa. Conforme ressalta Maria Sylvia Z. Di Pietro, exemplos de atos normativos

¹⁴² LOEWESTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 188-189.

¹⁴³ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 91-109.

são: decretos regulamentares, regimentos, resoluções, deliberações e portarias.¹⁴⁴. Apesar de ser linguisticamente possível afirmar que a lei e a emenda constitucional são “atos normativos”, sinceramente, não encontrei na doutrina do direito público este uso amplo da expressão. Neste sentido, a interpretação que parece historicamente mais razoável é a de que, quando se refere a “lei ou ato normativo”, a Constituição se refere a este uso comum da prática brasileira: *lei ou ato administrativo normativo*.

Uma breve investigação que realizei pela legislação brasileira, sem pretensão empírica exaustiva, demonstrou que o termo “ato normativo” é muito mais utilizado em seu sentido estrito, para tratar de normas infralegais, do que em sentido amplo. Separei alguns dos resultados encontrados em três grandes grupos.

(1) O primeiro grupo de análise, e o mais numericamente relevante, é aquele que inclui os diplomas que usaram o termo “ato normativo” para se referirem a *normas infralegais*. Primeiramente, a própria Constituição, quando no art. 169, §4º (incluído pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998) fala que para atendimento das metas de despesa com pessoal dispostas na Lei de Responsabilidade Fiscal é possível a exoneração de servidores estáveis “desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal”, trata de atos infralegais, eis que pressupõe que podem advir de qualquer um dos poderes. Se “ato normativo” pudesse significar lei ou emenda constitucional, ele só poderia ser emitido pelo Poder Legislativo.

Um segundo exemplo ao qual eu gostaria de dar mais ênfase é o do Código Tributário Nacional (CTN). Este diploma legal de 1966 divide, no art. 96, aquilo que chama de “legislação tributária” em “leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares”. Dentre as chamadas “normas complementares”, que possuem, na lógica do código possuem a menos força e obrigatoriedade (eis que no parágrafo único do art. 100 está disposto que a inobservância destas não leva à imposição de penalidades, ao contrário das demais), estão incluídos, nos termos do art. 100, I, “os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas”. No caso do CTN, ainda, a lei especifica que seriam “normas complementares” somente os atos normativos advindos de autoridades administrativas, podendo alguém até imaginar que poderia haver atos normativos advindos de autoridades outras (legislativas, por exemplo). Porém, quando trata de

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 225.

leis, o termo utilizado pela legislação é “lei”, nunca “ato normativo”. Esta terminologia tem uso reservado para os atos infralegais.

Notadamente, as leis anteriores à Constituição de 1988 demonstram uma certa “tradição” em considerar “ato normativo” como ato inferior à lei. Cito apenas a título de exemplo: o art. 2º, parágrafo único, “c” da Lei nº 4.717, de 1965 (“a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”); o art. 97, XI, da Lei nº 5.764, de 1971 (sobre a competência do Conselho Nacional de Cooperativismo, “XI - estabelecer em ato normativo ou de caso a caso, conforme julgar necessário, o limite a ser observado nas operações com não associados a que se referem os arts. 85 e 86”) e o art. 8º, §3º, I da Lei nº 6.385, de 1976 (tratando da competência da Comissão de Valores Mobiliários, “publicar projeto de ato normativo para receber sugestões de interessados”).

Cito ainda o art. 17 da Lei nº 8.666, de 1993, que trata claramente “ato normativo” como diverso da lei e dos próprios regulamentos (decretos), como ato – do que se pode depreender da redação – expedido por órgãos da administração pública indireta (“a pessoa natural que, nos termos da lei, de regulamento ou de ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural limitada a quinze módulos fiscais, desde que não exceda a 1.500ha (mil e quinhentos hectares)”).

(2) o segundo grupo de análise, que é numericamente menos relevante que o primeiro, é aquele que se refere ao termo “ato normativo” *nos exatos termos do art. 102, I, “a” da Constituição*. Isto ocorre porque todos os dispositivos legais deste grupo tratam sobre o controle de constitucionalidade, de tal sorte que se limitaram à reprodução do termo constitucional, sem atribuírem a ele conteúdo específico. É o exemplo do art. 13 da já citada Lei nº 8666 de 1993 (“podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo”); bem como do art. 46, parágrafo único, I da Lei Complementar nº 75, de 1993 (sobre a competência do Procurado Geral da República, este poderá propor “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e o respectivo pedido de medida cautelar”).

(3) o terceiro, e último, grupo de análise, que é numericamente inferior ao primeiro e o segundo, utiliza o termo “ato normativo” *no sentido amplo*, ou seja, como qualquer ato dotado de normatividade. O único exemplo que encontrei neste sentido foi o Código de Processo Civil de 2015 (CPC), um exemplo bastante novo, que foi bastante influenciado pela jurisprudência dos tribunais. O art. 489, §1º, I do CPC

dispõe que não se considera fundamentada a decisão que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”, dentre outros usos da expressão em sentido amplo.

Ademais, algumas outras inferências lógicas demonstram como correta a interpretação estrita do termo “ato normativo”. Aqueles que defendem que o termo englobou também as emendas constitucionais argumentam que a Constituição o teria utilizado em sentido amplo, englobando todos os atos com algum fim normativo.¹⁴⁵ No entanto, esta interpretação não parece logicamente correta, uma vez que a Constituição trata de “lei ou ato normativo”. Se o termo que ora analisamos devesse ser interpretado em sentido amplo, melhor seria que a Constituição tivesse feito menção tão somente a “ato normativo”, eis que este englobaria não apenas os decretos e as emendas constitucionais, como também as próprias leis. A interpretação ampla do termo tornaria inútil a existência da palavra “lei”, portanto. Uma vez que a Constituição especificou “lei ou ato normativo”, ela listou e diferenciou as duas hipóteses em que o controle de constitucionalidade é possível. Não faria sentido contemplar como hipóteses “espécie + gênero”. Seria como fazer menção a “cachorros ou animais” ou a “violões ou instrumentos musicais”. Interpretação que dá substância às palavras da Constituição é a que considera “ato normativo” em sentido estrito, portanto (“espécie + espécie”). A mesma lógica pode ser utilizada para rechaçar o argumento que admite a possibilidade de enquadrar emenda constitucional como “lei em sentido amplo”: se o termo lei é utilizado em sentido amplo, por que o texto constitucional trouxe também o termo “ato normativo”?

Ademais, a lógica do exercício legislativo geralmente possui, quando um texto jurídico contempla uma lista de elementos, uma ordem que vai “do maior ao menor”, ou “do mais ao menos”. A própria Constituição segue, geralmente, esta ordem (e.g. o art. 23 que dispõe: “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”). É evidente que isto não é uma regra, e não haveria nada de errado em uma eventual subversão desta ordem. Porém, seria incomum imaginar que a Constituição quis se referir, na expressão “lei ou ato normativo”, a “lei ou emenda constitucional”. Faz mais sentido compreender que se trata de “lei ou ato administrativo normativo”.

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 68-69.

É evidente que eu entendo as várias limitações do argumento trazido pelo pequeno estudo que realizei na legislação brasileira: (a) o estudo não é exaustivo nem claro em termos quantitativos e qualitativos; (b) não é possível querer *interpretar a constituição a partir da legislação infraconstitucional*; (c) imaginar que o fato de haver uma “tradição em tratar ato normativo como norma infralegal” seria argumento suficiente para dizer que o constituinte assim também agiu seria uma inferência forçada, e não garantiria esta como a melhor interpretação, sob pena de originalismo. Todas estas críticas são, ao meu ver, corretas. Neste sentido, não buscarei rebatê-las. No entanto, defendo – ainda assim – como relevantes as conclusões retiradas do estudo.

Em primeiro lugar, nem todos os argumentos são originalistas. O uso de métodos lógicos e linguísticos para interpretar a legislação, apesar de não constituir uma ferramenta de “acerto absoluto”, é uma forma bastante reconhecida de interpretação de textos jurídicos.¹⁴⁶

Em segundo lugar, acredito que em uma discussão procedimentalista da legitimidade, como é a do positivismo normativo de Jeremy Waldon que adoto neste capítulo, as discussões linguísticas ganham peso ainda maior.¹⁴⁷ Neste sentido, inclusive, o uso do originalismo neste tipo de abordagem ganha adquire muito mais sentido do que em abordagens menos legalistas. Permiti-me, por estes motivos, lançar mão destes argumentos.

Em terceiro lugar, ressalto que não só a legislação aponta neste sentido como a própria Constituição. Desta forma, em um cenário de “indefinição” da expressão, a interpretação sistemática, utilizando o art. 169, §4º da Constituição como referência, aponta no sentido da prevalência do sentido estrito como o melhor a ser empregado ao termo “ato normativo”.

Ademais, por mais “fracos” que possam ser considerados estes argumentos trazidos, sob a ótica da autoridade, não encontro melhores argumentos em sentido contrário. Em suma, resta afirmar que “ato normativo é todo ato que dispõe sobre normas”. Só assim seria possível afirmar que a Constituição contemplou no art. 102, I, “a” as emendas constitucionais. No entanto, por todo o exposto, esta proposição não parece a mais correta, pressupondo que a Constituição faz “diferenciações inúteis”.

¹⁴⁶ AFTALIÓN, Enrique; VILANOVA, José. **Introducción al derecho**. Abeledo-Perrot, 1999, p. 77-107.

¹⁴⁷ WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Nova Iorque: **Oxford University**, 1999, p. 244.

Enfim, parece bastante claro que uma emenda constitucional jamais poderá se confundir com um “ato normativo”.

Outro argumento na mesma linha, é o de que as emendas constitucionais estariam incluídas no art. 102, I, “a” da Constituição por seu procedimento (art. 60) estar situado na “Seção VIII – Do Processo *Legislativo*”. Neste sentido, pelo termo *legislativo*, ter-se-ia que a emenda constitucional seria “lei em sentido amplo”.

A tal argumento, dedicarei menos linhas. Prefacialmente, mais uma vez fica a questão já acima exposta: se a Constituição usa lei em sentido amplo, por que motivo falou em “lei ou ato normativo”? Melhor seria, pois, falar apenas em “lei”. Ademais, vale destacar que a “Seção VIII – Do Processo *Legislativo*”, está no Capítulo I do Título IV, nomeado como “Do Poder *Legislativo*”. Ou seja, se está a versar sobre as atribuições do Poder, dentre as quais a mais proeminente e típica é a *legislativa* (o termo “legislativo”, então, mais se refere à função do Poder do que ao produto de seu trabalho). A Constituição, portanto, determina que o termo “processo legislativo” (do Poder Legislativo) engloba os processos de emenda à Constituição e de feitura de leis; o que muito se difere de dizer que o termo “lei” pode ser usado de forma ampla para englobar também emendas constitucionais. Até porque, justamente, a Seção VIII é composta por duas Subseções, uma destinada às leis e outra às emendas, o que apenas reafirma que são espécies distintas, inconfundíveis. Vale destacar, inclusive, que por diversas vezes a Constituição faz menção conteúdos que serão regulamentados “nos termos de lei” (quando por lei ordinária), ou por posterior “lei complementar”, não sendo viável a inferência de que tais conteúdos poderiam ser regulamentados por emenda constitucional, ou – ainda – que nesses termos estaria abrangida a reforma constitucional. Impossível, portanto, imaginar a possibilidade de previsão expressa do controle judicial de constitucionalidade de emendas por meio da inferência de que o procedimento de emendamento constitucional está englobado pelo processo legislativo.

Restaria, pois, a interpretação de que por haver cláusulas pétreas, é imperativo lógico a existência de um controle de constitucionalidade de emendas. Partidários desta interpretação, inclusive, costumam justificar a inclusão das emendas constitucionais no termo “ato normativo” a partir de uma interpretação sistemática

levando em consideração a existência das cláusulas imodificáveis.¹⁴⁸ Analisarei as críticas a esta visão no tópico seguinte.

3.2.2 A inexistência de autoridade implícita: a confusão entre teoria da autoridade e teoria da justiça

Passo agora para as críticas à visão a partir da qual a Constituição teria conferido ao STF a autoridade para realização do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais a partir da previsão de cláusulas pétreas no art. 60, §4º. Este argumento possui, de fato, bastante força. Quando limites são impostos, geralmente se infere que alguém terá de fazê-los valer. E, de fato, geralmente quem se incumbe disso é um “*veto player*” externo¹⁴⁹.

No entanto, quando a Constituição exige a manifestação de um poder para controlar a ação de outro, ela geralmente o faz expressamente (e.g. a apreciação pelo Congresso Nacional das Medidas Provisórias¹⁵⁰, o veto presidencial a projetos de lei¹⁵¹, a nomeação de ministros do STF passando por indicação do executivo e sabatina do senado¹⁵²). Ademais, há matérias constitucionais em que existem limites, mas não existem “*veto players*” expressos (e.g. crime de responsabilidade no caso de impeachment¹⁵³ - apesar desta ser matéria tão polêmica quanto a tratada neste trabalho-, e a concessão de indulto pelo presidente da república¹⁵⁴), bem como

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 68.

¹⁴⁹ TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto**: como funcionam as instituições políticas. Editora FGV, 2014.

¹⁵⁰ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

¹⁵¹ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

¹⁵² Art. 101. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

¹⁵³ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

¹⁵⁴ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles

matérias em que existem limites jurídicos (temas “de princípios”) sem que haja previsão de manifestação do Poder Judiciário (e.g. a decretação de intervenção federal¹⁵⁵). Não há, portanto, como justificar constitucionalmente esta ideia a partir da qual “todo limite constitucional exige a manifestação do Poder Judiciário para fazê-lo valer”. Isso seria aceitar um modelo de supremacia judicial que não possui guarida no texto constitucional.¹⁵⁶ Seria aceitar, como diz o Ex-Ministro Marco Aurélio Mello, que o STF é a “última barreira da democracia”, e que todos os temas poderiam, em última instância, serem revistos pela corte.¹⁵⁷ Tratarei um pouco mais sobre o tema da supremacia judicial no fim deste capítulo 3.

Ainda sobre a existência de proibições constitucionais que prescindem – aprioristicamente – de manifestação do Poder Judiciário para que sejam consideradas, de fato, proibições, Virgílio Afonso da Silva, versando sobre a definição do crime de responsabilidade no impeachment (exemplo já anteriormente trazido), dispõe que “não significa que julgamento político é sinônimo de vale-tudo”.¹⁵⁸ Ou seja, o fato de uma determinada matéria jurídica (no caso a definição de crime de responsabilidade) ser determinada por uma instituição política, e não por um tribunal, não significa que essa seja “opcional” ou “não obrigatória”. A Constituição vincula todos os Poderes, que são – também - cumpridores e protetores dela. Caso não cumpram os ditames constitucionais, não necessariamente a intervenção judicial será o remédio cabível (a não ser, claro, que a Constituição assim determine).¹⁵⁹ Parlamentares descompromissados com a Constituição, ainda que suas decisões não sejam submetidas a controle de constitucionalidade, podem ser cassados pela própria casa legislativa, podem perder força política entre os colegas, podem sofrer censura

¹⁵⁵ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

X - decretar e executar a intervenção federal;

¹⁵⁶ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 39.

¹⁵⁷ “Já o ministro Marco Aurélio Mello, que costuma ser voz dissonante no tribunal, deu a entender que o Supremo poderia revisitar o mérito do processo de impeachment no julgamento de recurso a uma eventual condenação: ‘Pode (recorrer). O Judiciário é a última trincheira da cidadania. E pode ter um questionamento para demonstrar que não há fato jurídico, muito embora haja fato político, suficiente ao impedimento’”. In: O GLOBO. **Tendência no STF é não rever decisão do Congresso sobre impeachment**, 10 de abr. 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/tendencia-no-stf-nao-rever-decisao-do-congresso-sobre-impeachment-19053725>>. Acesso em: 20 de nov. 2019.

¹⁵⁸ FOLHA DE S. PAULO. **‘Julgamento político não é vale-tudo’, diz Virgílio Afonso da Silva**, 17 de abr. 2016. Disponível em: < <https://www.osconstitucionalistas.com.br/julgamento-politico-nao-e-vale-tudo-diz-virgilio-afonso-da-silva>>. Acesso em: 15 de mar. 2022.

¹⁵⁹ FOLHA DE S. PAULO. **‘Julgamento político não é vale-tudo’, diz Virgílio Afonso da Silva**, 17 de abr. 2016. Disponível em: < <https://www.osconstitucionalistas.com.br/julgamento-politico-nao-e-vale-tudo-diz-virgilio-afonso-da-silva>>. Acesso em: 15 de mar. 2022.

em seus partidos e, em último caso, podem não ser reeleitos. Isso pode fazer com que, em um efeito em cascata, o cumprimento da Constituição pelos parlamentares seja visado como um imperativo de “sobrevivência” de suas atividades políticas.

Argumento análogo foi novamente formulado por Virgílio Afonso da Silva quando, em meio a pandemia, juristas sugeriram judicializar uma proibição de demissão do então Ministro Luiz Henrique Mandetta pelo Presidente da República. A ideia seria recorrer ao STF alegando que o Ministro estaria garantindo, a partir de sua atuação, a proteção do direito constitucional à saúde. O autor, rechaçou a sugestão, alegando que a Constituição trazia uma série de mecanismos que permitiriam, sem qualquer intervenção do STF na nomeação de ministros, a resistência e a proteção da saúde dos brasileiros, tais quais: a edição de uma lei que tornasse obrigatório o distanciamento social; a resistência por meio do sistema federativo (ou seja, a mobilização de governadores e prefeitos em prol da saúde pública); e – por fim – o próprio impeachment do presidente caso se constatasse que ele, de fato, estava atentando contra a saúde dos brasileiros.¹⁶⁰ Cito trecho de seu texto:

A Constituição, portanto, embora não impeça a troca de ministros, cria condições para que o sistema político possa reagir a ações irresponsáveis no combate à pandemia. Menos judicialização e alterações na constituição, e mais política, apoiada pelas normas constitucionais que já temos, pela ciência e pela opinião pública, talvez seja a melhor forma de combater o vírus e o obscurantismo.¹⁶¹

A Constituição da República, segundo Virgílio Afonso da Silva em visão a qual me filio, traz diversos remédios que – para além do controle de constitucionalidade – delegam à sociedade e às instituições mecanismos de controle para fazerem valer os ditames constitucionais. Esta ótica enrobustece o papel de outras personagens – que não o Poder Judiciário – na proteção da Constituição, e aumenta a responsabilidade – cobrando maior maturidade – das instituições políticas e da sociedade, que devem empoderar-se do dever de proteção, por suas próprias “armas”, do pacto constitucional.

A visão contrária, de “divisão do trabalho” muito clara realizada entre argumentos de princípio competentes ao Poder Judiciário e argumentos de política

¹⁶⁰ JOTA. **Liberdade para demitir, meios para resistir**, 09 de abr. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/liberdade-para-demitir-meios-para-resistir-09042020>>. Acesso em: 15 de mar. 2022.

¹⁶¹ JOTA. **Liberdade para demitir, meios para resistir**, 09 de abr. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/liberdade-para-demitir-meios-para-resistir-09042020>>. Acesso em: 15 de mar. 2022.

competentes ao Poder Legislativo pressupõe, erroneamente, que *quando não há manifestação judicial, não há proteção de direitos*. Ao contrário do que acreditam estas teorias, os poderes políticos também interpretam a constituição, e neste sentido, também levam em consideração e estão submetidos aos limites materiais por ela imposta. Desta forma, em um cenário de inexistência de controle de constitucionalidade de emendas, as cláusulas pétreas continuariam a ter força vinculativa em relação ao Poder Legislativo. Porém, o debate acerca da constitucionalidade ou não de determinada emenda seria definido, em definitivo, no âmbito do próprio poder, pelos próprios parlamentares, que poderiam se valer tanto de argumentos de política como de argumentos de princípios.¹⁶²

Inclusive, analisando o caso brasileiro mais a fundo, tanto o Poder Legislativo se incumbe desta função de intérprete acerca da constitucionalidade das emendas constitucionais, que criou a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) no Regimento Interno do Senado Federal.¹⁶³ Desta maneira, todas as PECs passam, por obrigatoriedade regimentalmente estabelecida, por análise desta comissão que emite parecer especificamente sobre a constitucionalidade ou não dos projetos. Mecanismos como este demonstram que é possível debater a constitucionalidade das emendas sem necessariamente recorrer a uma manifestação do Poder Judiciário não expressa.¹⁶⁴

Ademais, ainda que não haja bibliografia específica sobre o tema, penso ser possível pensar também em um “efeito autônomo” de caráter persuasivo das cláusulas pétreas. Ou seja, independentemente do pronunciamento de inconstitucionalidade, os agentes políticos tendem, ainda que minimamente, a respeitar a impossibilidade de modificação de certas cláusulas, sobretudo em

¹⁶² MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 167-169.

¹⁶³ Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete:

I - opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário;

¹⁶⁴ É evidente que tal mecanismo precisa ser muito aprimorado para que se torne “suficiente” para uma proteção satisfatória das cláusulas pétreas. Na parte final do Capítulo 4 deste trabalho, sugiro algumas possibilidades de melhora do controle político de constitucionalidade de emendas (ainda que não seja esse o foco central do trabalho). De toda forma, no momento, o mais relevante é mostrar que o próprio Poder Legislativo pode fazer (e faz) controle de constitucionalidade de emendas no Brasil, não podendo se cogitar que a ausência do controle judicial leva a um “vale-tudo” em relação à proteção das cláusulas pétreas.

culturas constitucionais reativamente bem consolidadas. Um indício disso são as próprias menções constantes que já fizeram Michel Temer¹⁶⁵ e Jair Bolsonaro¹⁶⁶ à imodificabilidade de incisos dos artigos 5º e 7º da Constituição. Mais precisamente em relação ao Presidente Bolsonaro, o “tom” da fala é o de que gostaria de mudar a Constituição, mas não pode, o que mostra que - apesar dos pesares - as cláusulas pétreas têm exercido algum tipo de persuasão, mesmo que mínima, na conduta dos agentes políticos.

Embora, de fato, a existência de cláusulas pétreas tenha levado cortes constitucionais ao redor do mundo ao entendimento de que possuem competência para a realização de controle de constitucionalidade de emendas, isto não é uma regra. No caso da Noruega e da França, as suas constituições contemplam expressamente a existência de cláusulas imutáveis, porém, a corte constitucional entendeu não possuir competência para declarar a inconstitucionalidade de emendas, justamente pelo fato de que esta autoridade não lhe foi conferida.¹⁶⁷ Nestes países, portanto, prevaleceu a separação entre teoria da autoridade e da justiça, e entendeu-se que cabe ao poder político o juízo a respeito da violação ou não das cláusulas pétreas por uma emenda constitucional. O caso da França e da Noruega é idêntico ao caso brasileiro (existem cláusulas pétreas, mas não existe autoridade expressamente conferida). No entanto, no Brasil o STF se entendeu competente para o controle, não separando autoridade e justiça.

Ademais, sob a ótica da separação entre teoria da autoridade e da justiça, o principal argumento que fragiliza a visão de que “por haver cláusulas pétreas há controle judicial de emendas”, é a confusão que se faz entre “quem decide” e “o que decide”. Neste sentido, cito *in verbis* crítica de Conrado Hübner Mendes:

Oscar Vilhena constrói uma teoria de defesa material das cláusulas pétreas, não da jurisdição constitucional. O passo de um para outro parece automático, mas não é. Essa inferência precisa ser revista. Misturam-se estações: para saber se queremos controle de constitucionalidade sobre emendas, não basta dizer que a Constituição é norma suprema, que há

¹⁶⁵ O GLOBO. **Em terceiro vídeo nas redes sociais, Temer rebate críticas de Fernando Haddad**, 09 de jun. de 2018. Disponível em: <<https://g1.OGLOBO.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/09/06/em-terceiro-video-nas-redes-sociais-temer-rebate-criticas-de-fernando-haddad.ghtml>>. Acesso em: 01 de ago. de 2019.

¹⁶⁶ ISTO É. **Bolsonaro defende trabalho forçado para presos**. Disponível em: <<https://istoe.com.br/bolsonaro-defende-trabalho-forcado-para-presos/>>. Acesso em: 01 de ago. de 2019.

¹⁶⁷ ROZNAI. Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p. 204-208.

limites ao poder da maioria, que os direitos fundamentais constituem um núcleo moral intangível do sistema político etc. Essas são discussões substantivas que promovem um providencial desvio retórico em relação ao que está efetivamente em jogo: quem deve decidir?¹⁶⁸

A visão fartamente defendida de que é a necessidade de proteção da constituição que dá origem à autoridade das cortes para a realização de controle de constitucionalidade de emendas¹⁶⁹ pode até ter relevante valor argumentativo. No entanto, ela evidentemente confunde teoria da autoridade e teoria da justiça, sendo – portanto – insuficiente para demonstrar a legitimidade *ex ante*.¹⁷⁰ Ademais, sobre o argumento que expus anteriormente, de que mesmo a autoridade do próprio controle de constitucionalidade em si, no caso dos Estados Unidos, advém de uma legitimação implícita em casos como *Marbury v. Madison*, Waldron utiliza do mesmo argumento do qual ora nos valem para questionar também esta competência: *será que o fato de haver supremacia da constituição sobre as demais normas permite, por si só, inferir a legitimidade do Poder Judiciário para realização de controle de constitucionalidade?* Pois, legitimidade, neste sentido, é uma discussão de procedimento, apenas.¹⁷¹

Sob a ótica da teoria de autoridade, utilizada por Mendes como base da sua crítica, o fato de haver cláusulas pétreas e de o Poder Judiciário possuir, em tese, uma racionalidade “mais adequada” para resolver temas de princípios, não dá a ele legitimidade para realização deste controle. Determinar a legitimidade com base na (eventual) justiça da decisão seria um erro, até por que, embora seja consenso que “devemos proteger cláusulas pétreas”, não há um consenso de que “o Poder Judiciário sempre as protegerá de forma mais eficiente que os demais poderes”. Isso seria uma suposição de difícil comprovação, de tal sorte que o agir de um poder deveria se basear na existência de uma competência procedimental expressa, o que não ocorre no caso em tela.¹⁷²

¹⁶⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 189.

¹⁶⁹ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p, 225.

¹⁷⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 189.

¹⁷¹ WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Nova Iorque: **Oxford University**, 1999, p. 246-248.

¹⁷² MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 190.

3.2.3 Reflexões sobre a existência ou não de “normas constitucionais inconstitucionais”: paradoxos de difícil resolução

Faço agora três reflexões relativas à lógica da estrutura constitucional que, ao meu ver, demonstram haver um certo paradoxo na interpretação a partir da qual seria possível a realização de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. São reflexões originais, ao menos para o contexto do tema que ora discuto, de tal sorte que encontrei pouquíssimas menções a estas minhas indagações em textos acadêmicos, e, quando as encontrei, tratavam destas ideias de forma muito panorâmica.

A primeira delas trata da existência de um paradoxo no controle de constitucionalidade de emendas constitucionais que parece fundamental para a discussão de sua legitimidade: *se ao STF cabe precipuamente a guarda da Constituição, como pode ele próprio declarar a inconstitucionalidade de um artigo do texto constitucional?* É evidente e pacífico, conforme já expus, que existe uma diferença entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado. Não há, neste sentido, dúvidas que uma “proposta de emenda” pode ser considerada inconstitucional (seja pelo Poder Judiciário, seja pelo próprio Poder Legislativo que a rejeita). No entanto, uma vez que a norma adentra ao texto constitucional, ela não passa a ser, também, parte da Constituição a qual cabe ao STF proteger? Desta forma, cabe a pergunta: o STF é guardião da Constituição, e a protege como um todo? Ou é guardião das cláusulas pétreas, e a protege contra a própria Constituição (neste caso, com as novas emendas)?

Este erro se notabiliza claramente quando analisamos a recepção que a doutrina faz da teoria de Otto Bachof.¹⁷³ Conforme expus anteriormente, diz a doutrina que o Brasil não aceita integralmente a tese da existência de normas constitucionais inconstitucionais. Ela só a aceitaria no que diz respeito às normas constitucionais advindas de emenda.¹⁷⁴ Porém, esta visão supõe a existência de uma diferença, não apenas entre poder constituinte e “originário” e “derivado” (esta, muito clara na constituirão), não apenas entre “norma constitucional” e “proposta de emenda constitucional” (esta, também muito clara na Constituição), mas também entre “norma

¹⁷³ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994, p. 22-26.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 196.

constitucional originária” e “norma constitucional advinda de emenda”. Esta última diferença, porém, não está clara na Constituição.

Não há diferenciação, no texto constitucional, entre normas constitucionais advindas de emenda e normas constitucionais do texto original. No máximo, o art. 60, §4º da Constituição fala em uma diferenciação entre “proposta de emenda” e “normas constitucionais”. Mas uma vez inseridas na Constituição, as normas advindas de emenda passam a ser normas constitucionais como quaisquer outras, servindo, inclusive, de parâmetro para declaração de inconstitucionalidade da legislação ordinária. Seria estranho imaginar que uma norma constitucional poderia, ao mesmo tempo, ser “parâmetro” de declaração de inconstitucionalidade (determinando invalidades na legislação) e também “objeto” de inconstitucionalidade (podendo ser declarada inválida com base nas cláusulas pétreas). Seria paradoxal imaginar que o STF guarda a Constituição, mas também pode declarar inconstitucionalidades de seu texto. Seria como imaginar que o STF não guarda com “tanta intensidade assim” as normas advindas de emenda. Não há, porém, fundamento normativo constitucional para isso.

É justamente esta “estranheza” que visa ser evitada pelas teorias que não recepcionam integralmente o pensamento de Otto Bachof¹⁷⁵ com base na “unidade hierárquico-normativa da constituição”, excluindo a possibilidade de que normas constitucionais originárias possam ser inconstitucionais.¹⁷⁶ Embora eu entenda o fundamento substantivo da necessidade de se proteger a constituição contra emendas violadoras, estabelecendo uma diferença entre normas constitucionais originárias e advindas de emenda (*teoria da justiça*), sob uma ótica da *teoria da autoridade*, deveria haver algum fundamento constitucional para esta diferenciação.

Esta ideia quase não é tratada pela academia. Cito, no entanto, excerto de artigo jornalístico de Virgílio Afonso da Silva que exprime bem o paradoxo entre “parâmetro” e “objeto” de inconstitucionalidade que ora discuto: “A ideia é simples: se a própria constituição é alterada, não cabe à Suprema Corte analisar se o novo texto

¹⁷⁵ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994, p. 26-30.

¹⁷⁶ “O fundamento subjacente a toda a idéia de unidade hierárquico-normativa da Constituição é o de que as antinomias eventualmente detectadas serão sempre aparentes e, ipso facto, solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela exclusão da incidência de alguma delas sobre dada hipótese, por haver o constituinte disposto neste sentido”. in: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 196.

é compatível com o texto antigo. Isso quem decide é povo, por meio de seus representantes”.¹⁷⁷

Salgado e Chagas também reconhecem a existência deste paradoxo, ressaltando que, uma vez aprovadas, as emendas constitucionais passam a fazer parte da Constituição, e assim sendo, são “parâmetro” de declaração de inconstitucionalidade, não “objeto”. Admitir o controle de constitucionalidade de emendas seria tornar o STF guardião de “parte da Constituição”, desvirtuando o papel da corte que é, em verdade, proteger o texto constitucional como um todo.¹⁷⁸

Nesta mesma linha, acredito haver um segundo paradoxo de difícil superação na adoção de um controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, que acirra ainda mais as contradições que já levantei, sob a ótica da autoridade: a promulgação de emendas constitucionais com conteúdo de cláusulas pétreas. Explico. Tendo em vista que o art. 60, §4º, IV da Constituição estabelece como imutáveis os “direitos e garantias individuais”, é evidente que emendas constitucionais que trouxerem este tipo de conteúdo também serão petrificadas. A esse respeito, não parece haver grandes dúvidas na academia. Assim sendo, surge um paradoxo: *como uma norma constitucional pode ser, ao mesmo tempo, parâmetro para o controle de constitucionalidade de emendas (cláusula pétrea) e objeto de controle judicial de emendas (emenda constitucional)? Ou ainda, como poderia o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de uma cláusula que o art. 60, §4º da Constituição expressamente reconhece como pétrea, se o mais alto parâmetro de referência que possui para aferir a inconstitucionalidade é justamente as próprias cláusulas intangíveis?*

Algumas respostas poderiam ser aventadas para, sob a ótica da teoria da autoridade, tentar resolver este paradoxo. Todas elas, porém, pressupõem em alguma medida que o constituinte fez uma diferenciação entre normas constitucionais originárias e normas constitucionais advindas de emenda (o que, conforme já se assentou, não ocorre).

¹⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *in*: VALOR ECONÔMICO. **A Emenda e o Supremo**, 03 de mai. 2013. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-emenda-e-o-supremo>>. Acesso em 05 de out. 2019.

¹⁷⁸ SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 191-192.

Uma primeira resposta poderia estabelecer que, na verdade, é impossível promulgar emendas constitucionais com conteúdo de cláusula pétrea. Esta afirmação, porém, é incabível. Além de padecer de um sério problema sob a ótica da teoria da justiça (qual seja o aprisionamento do poder constituinte derivado, algo que tratarei melhor no Cap. 4), sob a ótica da autoridade, não cabe no texto constitucional. A Constituição torna pétreos todos os direitos e garantias individuais, sem qualquer distinção entre norma originária e norma advinda de emenda, conforme já se afirmou.

Uma segunda resposta poderia dizer que, por haver uma diferença entre normas advindas de emenda constitucional e normas do texto original da constituição, seria normal a declaração de inconstitucionalidade de uma norma advinda de emenda em relação às cláusulas pétreas, ainda que a emenda fosse, em si, uma cláusula pétrea. No entanto, esta resposta pressupõe uma diferenciação entre as cláusulas pétreas originárias e cláusulas pétreas advindas de emenda que não existe no texto constitucional. E ademais, utilizando a recepção que se faz da teoria de Bachof¹⁷⁹ no sentido de que normas constitucionais do texto originário não podem ser declaradas inconstitucionais por força do princípio da “unidade hierárquico-normativa da constituição”¹⁸⁰, estar-se-ia a pressupor que uma norma constitucional comum advinda do texto originário não pode ser declarada inconstitucional, enquanto uma cláusula pétrea advinda de emenda pode. Deixando mais claro, a teoria pressupõe que uma norma constitucional comum “pode mais” do que uma cláusula pétrea, ao menos no sentido da possibilidade de ser declarada inconstitucional. Uma prevalência da norma constitucional comum sobre uma cláusula pétrea, portanto.

Uma terceira resposta seria aquela que estabelece um critério temporal entre o que é “objeto” de inconstitucionalidade e o que é “parâmetro” para declaração de inconstitucionalidade. Desta forma, a cláusula pétrea advinda de emenda poderia ser declarada inconstitucional em relação às cláusulas pétreas anteriores a ela, e serviria de parâmetro de inconstitucionalidade para as normas constitucionais posteriores (inclusive novas cláusulas pétreas). Porém, novamente, aqui se estabelece uma diferenciação entre normas constitucionais originárias e normas constitucionais advindas de emenda. Ademais, não se cogita, no direito brasileiro, de declaração de inconstitucionalidade ou mesmo de ilegalidade por normas de mesmo status ou força.

¹⁷⁹ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994, p. 30.

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 196-198.

Explico. Um decreto será ilegal se ultrapassar os limites da lei, não se contrariar outro decreto. A lei será “inválida” se violar a constituição, não se contrariar outra lei (caso em que poderá haver derrogação da lei anterior, por exemplo, mas nunca da posterior). Uma norma constitucional comum será inconstitucional se violar uma cláusula pétrea, não se violar outra norma constitucional de mesmo status (aliás, emendas constitucionais modificativas naturalmente são “contrárias a alguma norma constitucional”, eis que, por óbvio, visam mudar a constituição). Portanto, por que se poderia admitir a inconstitucionalidade de uma cláusula pétrea em face de outra cláusula pétrea? Este critério de estabelecimento de diferença temporal para o parâmetro de inconstitucionalidade não encontra eco na própria lógica da teoria do direito: não há invalidade de uma norma por incompatibilidade com norma de mesmo status somente pelo fato desta ser anterior e aquela posterior. O máximo que poderia ocorrer entre normas de mesma força, utilizando o critério temporal, seria a derrogação. Esta, porém, revogaria a norma anterior, nunca a posterior.

Não há, ao que parece, solução para estes paradoxos sob a ótica da autoridade do texto constitucional que não atribuam a ele uma interpretação demasiadamente extensiva, estabelecendo algum tipo de prevalência entre normas constitucionais originárias e normas constitucionais advindas de emenda. A única forma de “resolver” este paradoxo, portanto (e aqui chego no ponto nevrálgico de toda esta reflexão), é entendê-lo como “irresolúvel”, ou seja, seria compreender que uma interpretação detida da Constituição da República não permite a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais. Desta forma, até seria possível pensar em inconstitucionalidade de “propostas de emenda constitucional”, conforme tratarei adiante, mas não de normas já integrantes do texto constitucional. Estas integram a Constituição, vinculam os poderes, e já não podem ser declaradas inconstitucionais.

Ainda, refletindo sobre os paradoxos que ora levantei, caso – hipoteticamente – aceitássemos que a existência de cláusulas pétreas permite o agir do STF para protegê-las, parece-me que o próprio mecanismo de mandado de segurança impetrado por parlamentar visando assegurar o devido processo legislativo em casos de votação de emendas constitucionais, cuja possibilidade é reconhecida pelo STF,¹⁸¹

¹⁸¹ STF. MS 20.257, rel. min. Moreira Alves, Julgamento: 08-10-1980, Publicação: 17-09-1980.

poderia apresentar legitimidade mais clara do que o próprio controle judicial de emendas. Explico.

O texto do art. 60, §4º da Constituição dispõe, conforme já discuti anteriormente que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”. Primeiramente, pode-se interpretar que a Constituição não apenas vedou a edição destas emendas, mas também proibiu que fossem “*objeto de deliberação*”. Desta forma, abstraindo a distinção entre autoridade e justiça, aceitando que o Poder Judiciário poderia agir sem competência expressamente definida para tal, faria sentido se pensar que algum poder externo deveria vedar a *deliberação* sobre matéria tendente a abolir. O mandado de segurança seria a via correta para tal, “travando” o debate sobre a matéria.

Em segundo lugar, conforme já tratei anteriormente, o art. 60, §4º da Constituição fala em “*proposta de emenda tendente a abolir*”, deixando claro que propostas de emenda podem ser inconstitucionais (embora, conforme tenho defendido neste capítulo, não faça o mesmo em relação às emendas em si). O Poder Judiciário teria, portanto, uma legitimidade para controle de constitucionalidade de PECs, mas não para controle de constitucionalidade do próprio texto constitucional, vez que, uma vez aprovada uma emenda, ela torna-se parte da Constituição, e portanto, “parâmetro” da guarda precípua exercida pelo STF em relação ao ordenamento jurídico. Aceitar a hipótese do mandado de segurança interposto por parlamentar seria muito menos gravoso para o acirramento destes paradoxos do que aceitar o controle judicial de emendas.

Apesar de não desenvolverem a fundo esta ideia, Salgado e Chagas reconhecem – em alguma medida – que, pela existência deste paradoxo entre “objeto” e “parâmetro” de inconstitucionalidade, faria mais sentido, pensando na lógica constitucional, que a declaração de inconstitucionalidade se desse *a priori*, ou seja, que fosse declarada a inconstitucionalidade da proposta de emenda, e não da própria emenda, que após aprovada passaria a integrar o texto constitucional¹⁸². Haveria uma

¹⁸² “However, an exacerbated use of its prerogatives by the Judiciary can be sometimes observed. Especially considering that this control is usually exercised in Brazil in an a posteriori way, that is after the amendments have been already voted. Besides from being a locus of legal uncertainty, since a constitutional provision may enter into effect and still be challenged a long time after its approval, this repressive judicial review also brings the concern of determining the parameter for a review of provisions that can be considered an already legitimate part of the Constitution”. *in*: SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT,

prevalência da possibilidade de impetrar mandado de segurança enquanto a PEC ainda estivesse sob deliberação, sobre a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional por via de ADI.¹⁸³

Virgílio Afonso da Silva, no entanto, vê esta hipótese de controle *prévio* de emendas constitucionais (ou melhor, controle de constitucionalidade de propostas de emenda) como muito mais problemática do que o controle *posterior*. Segundo o autor, esta possibilidade não é, em absoluto, contemplada pela Constituição brasileira. Ademais – avançando em argumentos mais de justiça do que de autoridade – esta possibilidade não existe em quase nenhum lugar do mundo, e onde existe, a suprema corte nunca “barra a deliberação ou discussão” de uma proposta de emenda. Evitar o debate, para Silva, seria uma medida autoritária e incabível.¹⁸⁴

No entanto, esta é apenas uma reflexão que demonstra alguns dos paradoxos do controle de constitucionalidade de emendas. Analisar o controle de constitucionalidade de PECs por meio do mandado de segurança não é o objeto principal do meu trabalho, e tampouco defendo esta prática. No limite, nos termos daquilo que temos discutido a título de teoria da autoridade, a hipótese do controle *a priori* de propostas de emenda padeceria do mesmo vício que apontamos ao controle *a posteriori*: a ausência de atribuição de uma competência expressa para o agir do Poder Judiciário. Considerei, porém, interessante expor a reflexão a partir da qual, caso venhamos a aceitar – ignorando a distinção entre autoridade e justiça – que a existência de cláusulas pétreas legitima o agir do Poder Judiciário, ainda assim se poderia pensar como mais coerente o controle judicial das propostas de emenda do que o controle das emendas incrustadas no próprio texto constitucional.

Estas reflexões originais que propus podem parecer um pouco radicais, é verdade. Mas ainda assim, considerei interessante contemplá-las muito mais com a finalidade de enriquecer o debate sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade de emendas com alguns argumentos adicionais, do que visando utilizar estes argumentos como fundamentais para a resolução da discussão. Tendo

Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 191-192.

¹⁸³ SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 191-192.

¹⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *in*: VALOR ECONÔMICO. **A Emenda e o Supremo**, 03 de mai. 2013. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-emenda-e-o-supremo>>. Acesso em 05 de out. 2019.

em vista que minha intenção neste capítulo é justamente debater a autoridade sob uma ótica procedimentalista, considero que estas reflexões lógicas, revelando paradoxos, são valorosas para o debate.

3.3 REFLEXÕES CONCLUSIVAS: O RISCO DA SUPREMACIA JUDICIAL NA CONFUSÃO ENTRE AUTORIDADE E JUSTIÇA

Diante de tantos argumentos, originais e retirados de outros textos, expostos nos tópicos anteriores, elaboro este brevíssimo capítulo tão somente para sistematizar minhas conclusões preliminares acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade de emendas sob a ótica da separação entre teoria da autoridade e justiça.

Em suma, parece-me bastante claro que não há uma legitimidade procedimental expressa dada pelo texto constitucional. Aqueles que entendem pela existência da legitimidade constitucional para o referido controle a entendem existente, portanto, a partir de uma interpretação sistemática ampla de que cabe ao Poder Judiciário proteger as cláusulas pétreas.

Embora eu reconheça o refinamento e a força deste argumento, ele não é suficiente sob a ótica da teoria da autoridade. Minha principal preocupação é a exacerbação de argumentos de “supremacia judicial”, a partir dos quais, “todas as bolas que a constituição deixa pingando, quem chuta é o STF”. Ou seja, estas análises pressupõem que a mera existência de limites jurídicos, notadamente aqueles que ficam “em aberto”, sem um “*veto player*” expresso (estes limites chamei de “bolas pingando”) exigem manifestação do Poder Judiciário.

Em caso de dúvida sobre “quem chuta”, por que não o poder democraticamente mais robusto? Este é o cerne da ideia de supremacia judicial, a partir da qual o STF seria a “última barreira da democracia”, e teria a última palavra sobre todos os temas, inclusive aqueles em que a Constituição não lhe atribuiu autoridade expressa para agir.¹⁸⁵

No limite, esta interpretação contrapõe constitucionalismo e democracia de uma maneira um tanto quanto maniqueísta, a qual tentei rebater. Oscar Vilhena Vieira

¹⁸⁵ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 58.

dispõe, tratando sobre o tema do controle judicial de emendas: “daí as tensões entre constitucionalismo – que privilegia a proteção de direitos – e democracia – que enfatiza a regra da maioria”.¹⁸⁶ Esta afirmação não está de todo errada, levando em consideração a tradição da teoria constitucional. No entanto, concordo com a resposta dada por Conrado Hübner Mendes, de que: “Esse é o truque argumentativo que tento combater neste trabalho. Embute-se o ideal de proteção de direitos na figura do juiz e o risco de erosão política nos procedimentos majoritários. Estes, por definição, não se preocupariam com direitos”.¹⁸⁷

Refutar, sob a ótica da autoridade, o controle de constitucionalidade de emendas como uma competência constitucionalmente dada *ex ante*, é compreender os poderes políticos como também responsáveis por interpretar e protegerem a Constituição.

4 ALIANDO AUTORIDADE E JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE *EX POST* DO CONTROLE JUDICIAL DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Passo agora à análise da legitimidade sob uma ótica que une teoria da autoridade e teoria da justiça. Esta foi a trajetória percorrida pela obra de Conrado Hübner Mendes para discutir o controle de constitucionalidade de emendas em geral: **(a)** na dissertação de mestrado, levantou as críticas acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade sob a ótica da teoria da justiça (visão procedimentalista baseada em Waldron); **(b)** na tese de doutorado, flexibilizou a separação entre justiça e autoridade para buscar uma legitimação democrática possível do controle de constitucionalidade, eis que se trata de uma realidade posta (visão mais substancialista influenciada por Rawls¹⁸⁸ e Dworkin¹⁸⁹).¹⁹⁰ Valho-me agora do mesmo trajeto, para analisar o controle de constitucionalidade de emendas.

Conrado Hübner Mendes, em sua tese de doutorado, desenvolve uma teoria *ex post* da legitimidade, baseada em um esquema dinâmico de ação dos poderes que

¹⁸⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 23.

¹⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 169. (nota de rodapé nº 83)

¹⁸⁸ RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Harvard Law Review, v. 108, 1994.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Kindle version. Martins Fontes, 2006.

¹⁹⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183-186.

concatena ações legitimadas procedimentalmente *a priori* (estas legitimadas pela atribuição de uma competência expressa na constituição) com ações legítimas *a posteriori* (estas não dispostas de forma expressa pelo ordenamento jurídico, ou dispostas de forma duvidosa ou não tão clara). Sob esta ótica, o agir dos poderes em uma democracia seria “flutuante”, em que poderes poderiam ocupar “lugares cativos” de legitimação inequívoca e também “lugares eventuais”, em que o poder agiria de forma ativista, ocupando brechas e decidindo sobre matérias que não são, *a priori*, de sua competência.¹⁹¹

Segundo Mendes, este arranjo não seria preocupante justamente pela possibilidade que teriam os poderes de retomarem seus lugares quando estes são “invadidos” por outros poderes, caso em que haverá uma disputa entre eles que, se saudável, constituir-se-á como um “diálogo”. Em que medida os poderes aceitarão a ocupação, por outros poderes, de lugares que não lhe são cativos, dependerá do critério da “qualidade deliberativa”, medida a partir do uso argumentos razoáveis de ordem pública para a justificação de suas decisões, utilizando aqui, o conceito de justiça de John Rawls.¹⁹²

Segundo Mendes, os poderes já exercem, ontologicamente, este tipo de juízo acerca dos próprios limites de ativismo com base na opinião pública na própria capacidade de superar os argumentos utilizados por outros poderes. Desta forma, Mendes trata a existência dos diálogos institucionais como uma realidade posta, queiramos ou não.¹⁹³

Esta flutuação de poderes, em que decisões podem ser sempre superadas se vencidas a partir do idioma deliberativo da razão pública conduz a uma ótica em que inexiste uma “última palavra definitiva”. As últimas palavras sempre seriam provisórias, e montadas dentro de um esquema procedimental constitucional. No entanto, o espaço desta última palavra (aquilo que chamei de “lugar cativo”) poderia ser ocupado por outros poderes, contanto que obtivessem êxito em superar argumentativamente as decisões anteriores.¹⁹⁴

¹⁹¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183-186.

¹⁹² RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Harvard Law Review, v. 108, 1994, p. 85-86.

¹⁹³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 179.

¹⁹⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183-186.

Esta visão em termos de legitimidade ultrapassa a visão de Waldron de que a democracia seria um “esquema procedimental completo”, que objetiva a definição dos procedimentos e das “regras do jogo”,¹⁹⁵ para adotar a ideia de Dworkin de democracia como um “esquema procedimental incompleto”, que objetiva não apenas a definição das regras do jogo como também a produção de resultados substantivamente melhores.¹⁹⁶ Trata-se, como admite Mendes, de uma abordagem *reconhecidamente consequencialista* em alguma medida, por entender que o tema da legitimidade não pode se encerrar em juízos procedimentais *ex ante*, o que submeteria um povo a ter de conviver com decisões claramente injustas tão somente pelo fato de “ter concordado com o procedimento”. Esta visão dinâmica de legitimidade, baseada em uma colaboração/competição pela produção de melhores resultados, permitiria sempre a “superação externa” das decisões de um poder pelo outro, o que confere uma sensação de controle maior.¹⁹⁷

No entanto, não se trata de uma concessão total à legitimidade substancialista com base na teoria da justiça. Trata-se de um arranjo misto, que une autoridade e justiça. Neste sentido, é fundamental que um poder não legitimado *ex ante*, para que se torne legítimo *ex post* para agir, possua, ao menos, uma probabilidade razoável e demonstrável de produzir melhores decisões. Além disso, não basta produzir as melhores decisões. Há de haver um respeito ao princípio de autogoverno democrático, sob pena de um “despotismo esclarecido”¹⁹⁸ É, portanto, a tarefa a que me proponho neste capítulo: **(i)** verificar se há, ao menos, a probabilidade demonstrável de que a admissão do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais produza melhores resultados; **(ii)** em havendo, se há possibilidade de se conciliar este controle com o princípio de autogoverno democrático.

Portanto, faz-se aqui, uma suspensão dos argumentos rígidos da distinção acética entre autoridade e justiça, para – tomando a discussão da autoridade explícita como menos importante (apesar de que ela sempre possuirá alguma importância) –

¹⁹⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Nova Iorque: **Oxford University**, 1999. A referida obra também é utilizada como referência por MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183-186.

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. *Kindle version*. Martins Fontes, 2006, p. 30.

¹⁹⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 193-195.

¹⁹⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

priorizar um pensamento que leve em consideração os resultados que o controle de constitucionalidade de emendas pode vir a trazer.

Em termos de autoridade, poderíamos imaginar, para fins deste capítulo, como aceitáveis quaisquer uma das justificativas do controle judicial de emendas (a adotada pelo STF, a de Oscar Vilhena Vieira, entre outras). Ademais, portanto, poderíamos admitir – sob estas novas lentes, diversas das do capítulo anterior – teorias como a de Roznai, de que a legitimidade do poder judiciário para o controle judicial de emendas nasce da própria necessidade implícita a qualquer regime constitucional de proteger a constituição contra emendas violadoras.¹⁹⁹ Logicamente, porém, esta legitimidade só nasceria se, de fato, *admitir o controle de constitucionalidade de emendas trouxer, comprovadamente, uma maior proteção da constituição contra emendas que a atacam*. Ou, ao menos uma grande probabilidade disto. Caso contrário, não há legitimidade. Diferentemente do capítulo anterior, este tipo de análise, portanto, está diretamente ligado aos resultados produzidos por um arranjo ou outro.

Parte do pressuposto, portanto, de que se poderia reconhecer uma legitimidade implícita, como uma opção constitucionalmente preferível sob uma leitura sistemática da Constituição. Ademais, seria como um espaço ocupado pelo STF, com aceitação dos demais poderes. Seria uma espécie de “preenchimento de lacunas” de atividade de poder.²⁰⁰

Afastamos, portanto, as discussões acerca da existência ou não de legitimação expressa. O que pretendo fazer, portanto, é justamente admitir a possibilidade de uma legitimação implícita, ou mesmo de uma legitimação sistemática, em que a teoria da justiça influencie a teoria da autoridade. No entanto, isso só ocorrerá se, de fato, a admissão desta legitimação implícita trouxer melhores resultados para a concretização de objetivos constitucionais, eis que este é o trunfo da ideia de legitimidade *ex post*: permitir que a discussão da legitimidade seja também permeada pela busca de uma “melhor decisão”.

Evidentemente, se não demonstrarmos que o controle de constitucionalidade de emendas pode auxiliar na busca de uma melhor resposta, não há sentido em

¹⁹⁹ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p, 225-226.

²⁰⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 205-207.

entender que o STF adquiriu esta competência. Ainda que se demonstre – em tese – que o controle de constitucionalidade de emendas pode vir a produzir melhores resultados, ainda assim a medida só será viável se corresponder aos postulados democráticos do autogoverno. Passo, portanto, à análise de argumentos contrários e favoráveis à medida utilizando o binômio de avaliação: **(1)** capacidade de produzir melhores resultados; **(2)** correspondência aos postulados do autogoverno democrático.

O trunfo da análise que se dá no campo da teoria da justiça, ao meu ver, é que ainda que não identifiquemos de forma clara a existência de uma legitimidade *ex post* do controle de constitucionalidade de emendas, ao menos desnudaremos as “vantagens e desvantagens” do instituto. Em um contexto como o que apresentei no capítulo 2, em que o controle judicial de emendas é uma realidade plenamente aceita pelo Judiciário e de difícil superação, uma análise no campo da teoria da justiça será capaz de nos apresentar os trunfos e déficits democráticos deste controle, auxiliando a compreender de que forma podemos, ao menos, “conviver melhor com ele”.

4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS: PRESERVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO CONTRA ATAQUES DO PODER REFORMADOR

Apresento agora as teorias que defendem o controle de constitucionalidade de emendas, acreditando que este possui, dentro do binômio de avaliação que estabelecemos: **(1)** capacidade de produzir melhores resultados; **(2)** correspondência aos postulados do autogoverno democrático. Conforme elenca Rodrigo Brandão em longa obra sobre o tema, as teses favoráveis ao controle de constitucionalidade de emendas constitucionais geralmente se baseiam na premissa básica do constitucionalismo liberal de que é preciso *conter o poder majoritário*, limitando-o, tanto quanto possível, para preservar a estabilidade e a identidade da constituição. Em última instância, a forma mais eficaz de frear o majoritarismo eventual da política do dia-a-dia seria revestir de imutabilidade determinadas cláusulas, retirando-as do campo de deliberação do poder constituinte derivado. O guardião último destas cláusulas seria, justamente, um poder contramajoritário (vez que este seria o único

poder capaz de se opor ao poder majoritário).²⁰¹ O poder ideal para realizar este controle seria, portanto, o Judiciário.²⁰²

Conforme já ressaltai anteriormente, esta visão é absolutamente majoritária tanto na academia quanto na jurisprudência.²⁰³ Neste sentido, a produção é vasta em termos de argumentos favoráveis ao controle. Irei expor aqueles que considero os mais relevantes, tendo por base o levantamento feito por Rodrigo Brandão.²⁰⁴

Uma primeira visão, defende o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais com base na natureza do poder constituinte reformador como sendo um “poder constituinte derivado”. Desta forma, sendo o poder de emenda uma derivação da constituição, ou melhor, uma criação do constituinte originário, ele estaria sempre “juridicamente limitado” aos termos da constituição. Em se tratando de uma limitação jurídica, caberia ao Poder Judiciário controlá-la.²⁰⁵

Uma segunda visão é a que não visualiza no poder constituinte derivado uma função de “inovação” propriamente dita, justamente por conta de sua natureza constituída e limitada. Desta forma, caberia ao poder constituinte reformador tão somente: **(a)** a correção de disposições constitucionais que se provaram materialmente ruins, tendo em vista, sobretudo, a realização dos objetivos constitucionais mais amplos; **(b)** a adaptação do texto constitucional à realidade vigente, tomando por base, sempre, aqueles objetivos constitucionais maiores. Inovar para além das balizas constitucionais seria “fraudar” o poder constituinte derivado, o que invocaria ação do poder judiciário para evitar este desvio.²⁰⁶

²⁰¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: RT, 1994, p. 24-25.

²⁰² BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, p. 1-44, 2007, p. 11-12.

²⁰³ Segundo levantamento bibliográfico realizado por Rodrigo Brandão, incluem-se aqui: José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, Clémerson Cleve, Ingo Wolfgang Sarlet, entre outros. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, p. 1-44, 2007, p. 11-12.

²⁰⁴ BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, p. 1-44, 2007, p. 11-12.

²⁰⁵ BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, p. 1-44, 2007, p. 11.

²⁰⁶ BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, p. 1-44, 2007, p. 11.

Estas duas visões são muito influenciadas pelo pensamento de Bruce Ackerman. Para o autor, haveria primeiramente um momento constitucional “extraordinário”, de especial participação popular e legitimidade, em que todos os temas estão em jogo, e no qual uma sociedade define seus objetivos mais fundamentais (o próprio momento constituinte, portanto). Posteriormente, haveria momentos constitucionais “ordinários”, em que o plano constitucional, anteriormente definido com especial legitimidade, deveria ser seguido.²⁰⁷

A terceira justificativa, e provavelmente a mais relevante, é a da necessidade de se proteger o projeto constitucional contra emendas constitucionais violadoras advindas de maiorias transitórias. Neste sentido, imaginar que as emendas constitucionais não pudessem ser sindicadas judicialmente seria conceber que “o Poder Legislativo seria o único limite de si mesmo”. Caso os poderes políticos quisessem produzir emendas que desfigurassem completamente a constituição, não haveria qualquer poder ao qual recorrer, e a desfiguração estaria feita. Desta forma, atribuir ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade de emendas seria estabelecer um contraponto “de princípios”, sob a ótica “dos direitos”, às reformas aprovadas pelo constituinte derivado na linguagem “da política”, sob a ótica “da regra da maioria”. O Poder Judiciário seria, portanto, o *locus* ideal da realização deste controle que, apesar de resfriar a democracia dentro do binômio entre ela e o constitucionalismo, no fim das contas garantiria as condições mínimas para a manutenção de um sistema constitucional democrático.²⁰⁸

A adoção do controle de constitucionalidade de emendas pelos países tem sido cada vez mais constante, de tal forma que é possível definir esta como uma tendência, sobretudo diante do cenário de deterioração democrática que vem surgindo.²⁰⁹ Neste sentido, dois conceitos da doutrina estrangeira que têm sido muito utilizados para explicar o fenômeno do esvaziamento de conteúdo constitucional, têm emprestado especial atenção ao controle de constitucionalidade de emendas: o “constitucionalismo abusivo” e o “desmembramento constitucional”.

²⁰⁷ ACKERMAN, Bruce. **We The People: Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1991.

²⁰⁸ BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, p. 1-44, 2007, p. 12.

²⁰⁹ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p, 212.

O constitucionalismo abusivo é uma categoria cunhada por David Landau, e representa o uso de mecanismos constitucionais (notadamente a possibilidade de reforma constitucional por meio de emendas) para atentar contra a própria constituição, reduzindo o seu caráter democrático. Neste sentido, o constitucionalismo abusivo seria uma prática própria de governos com alguma tendência autoritária e populista, que se valem dos mecanismos constitucionais como uma forma de autofortalecimento no poder, eliminando rivais políticos e facilitando o caminho rumo ao atingimento de seus objetivos²¹⁰. O termo *abusivo* é de emprego muito interessante neste conceito, pois permite um paralelo com o conceito de *abuso de direito*. Nesta categoria, tem-se por abusivo e desviante o uso de um direito de forma a prejudicar os direitos de terceiros. Ou seja, não se trata do uso de um recurso ilícito, mas sim uso de um direito, ou seja, de um recurso lícito, de maneira a produzir resultados não permitidos. No caso da categoria de Landau, tem-se o uso do constitucionalismo, que via de regra representa uma ferramenta de “limitação de poder visando a manutenção da democracia”, como forma de “limitar o poder de terceiros em face do meu poder”. Não se trata de uso de mecanismo inconstitucional. Pelo contrário. Trata-se de uso de mecanismo constitucional para produção de resultados contrários à constituição²¹¹.

David Landau cita alguns países que vêm enfrentando o fenômeno do constitucionalismo abusivo, como a Hungria, a Turquia, a Venezuela, entre outros. Reformas tipicamente abusivas são aquelas que visam, por exemplo, reduzir a idade máxima de juízes da suprema corte visando aposentá-los para compor maioria o quanto antes. Neste mesmo sentido, na Hungria formou-se um tribunal paralelo à corte constitucional, dividindo com ela algumas atribuições importantes, de forma que, em relação aos membros desta nova corte, o governo possuía acachapante maioria. Outro exemplo clássico são as emendas visando reeleições indefinidas do chefe do Poder Executivo em exercício. Em suma, seguindo o conceito já exarado, são emendas que de alguma forma pulverizam regras constitucionais democráticas visando aumentar o poder do líder ou partido com feições autoritárias²¹².

O desmembramento constitucional é um fenômeno diagnosticado por Richard Albert a partir do qual “uma constituição é trocada por outra sem haver uma

²¹⁰ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review** 189. 2013, p. 194-198.

²¹¹ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review** 189. 2013, p. 194-198.

²¹² LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review** 189. 2013, p. 199-205.

substituição formal do documento constitucional”²¹³. Ou seja, há uma mudança vital na ordem constitucional sem que haja a “fundação de uma norma ordem constitucional” como pressupõem as tradicionais teorias do poder constituinte²¹⁴. É justamente por este motivo, inclusive, que mesmo países sem uma constituição formal escrita, podem sofrer desmembramento constitucional. Em termos mais práticos, o processo de desmembramento ocorre quando são utilizados mecanismos previstos na própria ordem constitucional para desfigurá-la, ou melhor, para “desmembrá-la”. O mecanismo por excelência apto a realizar este tipo de modificação é a emenda constitucional, assim como no caso do constitucionalismo abusivo. Repare-se, no entanto, que conforme já se ressaltou, o fenômeno do desmembramento ocorre quando esta mudança é tão vital que praticamente representa uma “nova ordem constitucional”, ou ao menos, uma “ordem constitucional completamente incompatível com a anterior”. Neste sentido, Albert classifica como desmembramento constitucional especificamente as emendas que desfiguram o projeto constitucional em seus direitos, estrutura ou identidade²¹⁵.

O desmembramento em termos de “direitos” seria representado pela promulgação de emenda que revoga direitos fundamentais de valor máximo para aquela sociedade, e centrais para a ordem constitucional. O desmembramento em termos de “estrutura” seria a aprovação, por exemplo, de uma emenda constitucional que visa a abolição de uma das casas legislativas (a exemplo de uma proposta de emenda não aprovada na Irlanda, citada por Albert em sua obra). O desmembramento em termos de “identidade” seria o caso de uma emenda que muda a identidade daquela constituição como um todo (constituição liberal, constituição social, etc)²¹⁶.

Landau elenca como mecanismos ordinários para o combate em âmbito interno do constitucionalismo abusivo: **(a)** as cláusulas democráticas; **(b)** a rigidez constitucional em camadas; **(c)** o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais²¹⁷.

²¹³ ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **Yale Journal of International Law** 1, 2018, p. 39.

²¹⁴ SIEYÈS, Joseph Emmanuel. **A constituinte burguesa**. Tradução de Norma Azevedo. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

²¹⁵ ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **Yale Journal of International Law** 1, 2018, p. 42.

²¹⁶ ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **Yale Journal of International Law** 1, 2018, p. 45.

²¹⁷ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review** 189. 2013, p. 223-227.

As cláusulas democráticas são mecanismos constitucionais que impedem a existência de partidos políticos com ideais antidemocráticos que venham a ferir frontalmente a constituição. Geralmente, o poder de banir um partido com este tipo de tendência é delegado à corte constitucional. Neste sentido, esta ferramenta poderia servir como forma de banir partidos cujas propostas levassem ao desmembramento ou ao constitucionalismo abusivo. Porém, Landau considera este um instrumento muito limitado, pois em casos como o da Turquia, por exemplo, quando um partido é banido, seus ideais continuam vivos, de tal sorte que geralmente partidos sucessores são fundados até que se tornem adaptáveis a exigências mínimas que os permitam chegar ao poder²¹⁸. A Constituição de 1988, não contemplou – ao menos de forma expressa - este mecanismo, e tendo em vista as observações de Landau, não parece que sua adoção seria capaz de trazer solução aos problemas do Brasil atual.

A rigidez constitucional em camadas é um mecanismo contemplado pela Constituição brasileira. Em suma este instrumento consiste na definição constitucional de diferentes tipos de “quórum” para reforma das diversas normas constitucionais, definindo como mais difíceis de modificar os conteúdos mais fundamentais e nucleares da Constituição²¹⁹. No caso brasileiro, tem-se: **(i)** camada das normas constitucionais ordinárias, modificáveis por meio da aprovação de três quintos das duas casas do Congresso Nacional em dois turnos de votação; **(ii)** camada das *cláusulas pétreas*, sendo estas, imodificáveis. É o que Oscar Vilhena Vieira e Ana Barbosa chamam de “duplo patamar de rigidez constitucional”²²⁰.

Esta rigidez em camadas pode se instrumentalizada de diversas formas visando proteger a constituição. Landau acredita ser o controle de constitucionalidade de emendas a mais importante delas. Ainda que seja dotada de limitações (que trataremos adiante), este seria o melhor instrumento que, até o momento, a teoria e a prática constitucional desenvolveu para enfrentar o abuso das emendas constitucionais. Landau cita, inclusive, um caso da Corte Constitucional Colombiana em que esta declarou a inconstitucionalidade de uma emenda de reeleição como um

²¹⁸ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review** 189. 2013, p. 223-227.

²¹⁹ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review** 189. 2013, p. 225-229.

²²⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 3, 2018, p. 380-383.

exemplo positivo de efetividade do poder do controle de constitucionalidade de emendas diante do constitucionalismo abusivo²²¹.

Desta forma, segundo estas visões, o controle de constitucionalidade de emendas: (a) produziria melhores decisões, protegendo os conteúdos essenciais da constituição; (b) não violaria o ideal de autogoverno democrático, e, ao contrário, o protegeria, garantindo os postulados democráticos da constituição contra ataques abusivos.

4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS: IMPEDIR O “GOVERNO DOS VELHOS SOBRE OS NOVOS”

Apresento agora as teorias contrárias ao controle de constitucionalidade de emendas, defendendo, em suma, que: **(1)** não há como comprovar que a prática produziria melhores resultados; **(2)** o ideal de autogoverno democrático seria violado pela atribuição de uma força excessiva a um poder não eleito, atribuindo a ele uma espécie de última palavra sobre o conteúdo da constituição.

Neste tópico, por uma opção metodológica, estou utilizando a ideia de “última palavra” como se fosse definitiva. Muito embora a teoria da legitimidade que ora utilizo reconheça a inexistência de últimas palavras definitivas, acho importante trabalhar as críticas ao controle de constitucionalidade de emendas como se ela existisse por dois motivos: **(1)** todas as críticas que ora apresento serão rebatidas pela teoria dos diálogos institucionais em tópico posterior; **(2)** na prática, nem sempre os diálogos efetivamente existem no nível desejado (mesmo que admitamos que ele existe inevitavelmente em algum grau). Assim, mesmo que admitamos a possibilidade de uma legitimação *ex post*, acho importante levar em conta a hipótese de que há última palavra (suspendendo algumas premissas sobre a teoria dos diálogos permanentes) para que compreendamos melhor as consequências de um sistema sem controle judicial de emendas em um cenário de deliberação interinstitucional insuficiente.

Conforme estabelece Rodrigo Brandão, as teses contrárias ao controle judicial de constitucionalidade de emendas à constituição visualizam os limites materiais ao poder de reforma como “limites políticos”, ou seja, limites dirigidos ao órgão

²²¹ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review* 189. 2013, p. 234.

responsável pela reforma da constituição, disciplinando sua ação²²². Segundo estas visões, conferir à autoridade judiciária (que não possui legitimidade popular eleitoral) o direito de barrar reformas à constituição não seria condizente com o princípio do autogoverno democrático, de tal sorte que seria uma forma de estabelecer um “governo dos mortos sobre os vivos”. Seria, neste sentido, a *longa manus* das gerações anteriores impedindo de forma demasiada na autonormatividade das gerações futuras, de tal sorte que não haveria mais “autogoverno”, mas sim um “governo dos outros” (no caso, dos constituintes originários).²²³

Brandão elenca alguns dos principais fundamentos da tese crítica ao controle de constitucionalidade de emendas que considero “demasiadamente radicais”.²²⁴ Apresentá-los-ei e, logo após, apontarei minhas ressalvas. No entanto, acredito que estes fundamentos, apesar do radicalismo, trazem reflexões interessantes para o tema. Os dividi em três grupos.

(A) Para alguns autores, inexistiria diferença entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado, bem como entre norma constitucional ordinária e emenda constitucional.²²⁵ Este argumento não parece fazer sentido, sobretudo diante da existência de cláusulas pétreas (limitações do poder originário sobre o derivado). No entanto, concordo, como já ressaltai anteriormente, que uma vez que a emenda constitucional ingressa no texto constitucional, ela passa a ser uma norma constitucional como as outras.²²⁶ Ademais, acho fundamental ressaltar, como faz Jairo Lima, que uma emenda constitucional, apesar de não ser poder constituinte originário, é poder constituinte derivado, sendo, portanto, uma manifestação robusta da vontade

²²² Segundo levantamento bibliográfico realizado por Rodrigo Brandão, incluem-se aqui: José Vanossi, Karl Loewestein, Leon Duguit, entre outros. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, p. 1-44, 2007, p. 10-11.

²²³ BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, p. 1-44, 2007, p. 10-11.

²²⁴ BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, p. 1-44, 2007, p. 10-11.

²²⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 413.

²²⁶ SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 194.

popular, com alguma pretensão de “definitividade” e “durabilidade” maior que – e inconfundível com – a legislação ordinária.²²⁷

(B) Existem autores que consideram, como Loewestein, que a existência de um controle de constitucionalidade de emendas seria inócuo, eis que, em momentos extraordinários, em que o povo se mobilizasse para reais mudanças por meio de uma revolução, elas de nada serviriam. Desta forma, os limites ao poder de reforma seriam: o “uma luz vermelha útil frente a maiorias parlamentares interessadas na aprovação de emendas constitucionais (...), mas em momentos de crise são apenas pedaços de papel varridos pela realidade política”.²²⁸ Ao meu ver, esta crítica não colabora muito para o debate, eis que constituição nenhuma jamais seria capaz de disciplinar exaustivamente os limites de uma revolução (e a pretensão não é sequer esta). O próprio direito possui seus limites, e dizer que “a existência limites ao poder de reforma é inócua por não conseguir controlar uma revolução” seria análogo a dizer que “não adianta existir execução, pois nem sempre o devedor tem dinheiro para pagar”. O direito opera dentro de seus limites, e entendê-los é importante para tornar o debate profícuo. Neste sentido, como diz Yaniv Roznai, as cláusulas pétreas são como um cadeado, que impede o uso de chaves erradas, mas não impede o uso de uma barra de ferro que o quebre.²²⁹

(C) Por fim, há a ideia de que a existência de um controle de constitucionalidade de emendas poderia conduzir a uma ruptura institucional, eis que, diante da impossibilidade de mudança de alguns conteúdos, a única alternativa seria destruir a constituição.²³⁰ Não concordo integralmente com esta crítica, pois acredito – na linha do comentário que fiz ao argumento anterior – que as rupturas institucionais são fenômenos de difícil apreensão pelo direito. A origem destes movimentos está tão ligada a vicissitudes sociais, políticas e econômicas que acho um pouco pretensioso, e um tanto quanto *ad terrorem*, imaginar que a existência de um controle judicial de emendas pudesse, de fato, incentivar rupturas institucionais. No entanto, este argumento possui o “germe” de uma das mais relevantes críticas feitas ao controle

²²⁷ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 217.

²²⁸ LOEWESTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 188-189.

²²⁹ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p. 25-26.

²³⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 415.

judicial de emendas (da qual tratarei mais adiante), qual seja a de que esta prática “reduz demasiadamente o papel do constituinte derivado”, notadamente na sua função de atualização e adaptação da constituição à realidade vigente.²³¹

Me dedico agora a apresentar argumentos críticos ao controle de constitucionalidade de emendas que se colocam, mais diretamente, em contrariedade aos argumentos favoráveis que apresentei anteriormente.

Primeiramente, mesmo sob o aspecto da justiça, há uma fragilidade no argumento legitimador do controle de constitucionalidade quando dirigido às emendas constitucionais. Assim como demonstram os estudos de Jairo Lima,²³² também Hübner Mendes esclarece que emendas não são como legislações ordinárias comuns, e assim sendo, submetê-las à revisão judicial a partir dos mesmos fundamentos utilizados em relação às leis, seria uma impropriedade.²³³ Explico.

A justificação do controle de constitucionalidade sob uma teoria de justiça, ou seja, pelo eventual “sucesso” que poderia trazer para os objetivos democráticos e constitucionais, sempre se baseou na possibilidade de fazer valer os *valores constitucionais*, como decisões políticas extraordinárias tomadas em momento político ímpar, sobre as *decisões majoritárias eventuais*, ou seja, legislações comuns que, tomadas em momento político ordinário, pudessem eventualmente desviar aquela sociedade dos rumos tomados anteriormente em momento constituinte.²³⁴ As teorias do poder constituinte,²³⁵ bem como a teoria dos momentos constitucionais extraordinários de Bruce Ackerman,²³⁶ sempre funcionaram bem, portanto, para legitimar o controle de constitucionalidade de decisões políticas ordinárias em relação a decisões extraordinárias. O controle de constitucionalidade se dirigiria, portanto, àquelas decisões descritas por Madison no *paper* nº 10 do Federalista como “algum

²³¹ BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 10, p. 1-44, 2007, p. 10-11.

²³² LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 135-153.

²³³ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 8-10.

²³⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 8-10.

²³⁵ SIEYÈS, Joseph Emmanuel. **A constituinte burguesa**. Tradução de Norma Azevedo. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

²³⁶ ACKERMAN, Bruce. **We The People**: Foundations. Cambridge: Belknap Press, 1991.

impulso comum, de paixão ou de interesse, adverso aos direitos dos demais cidadãos”.²³⁷

Ocorre que, conforme ressaltam Lima²³⁸ e Mendes, uma emenda constitucional dificilmente pode ser enquadrada como uma decisão ordinária. É verdade que a emenda constitucional “não faz tudo que uma nova constituição faz”, ou seja, não é tampouco uma decisão extraordinária, sobretudo em países que estabelecem cláusulas pétreas. Mas a exigência de supermaiorias, o procedimento dificultoso, a exigência de consensos e o fato de incrustar conteúdos no próprio texto constitucional faz com que a emenda constitucional não possa ser considerada uma decisão comum, ordinária, como qualquer outra. Isto certamente enfraquece a justificação do controle de constitucionalidade no que se refere às emendas constitucionais: se elas não são decisões majoritárias eventuais, mas sim decisões dotadas de algum grau de extraordinariedade, com grau maior de consenso, sendo mais robustas sob o ponto de vista democrático, por que se submeteriam a controle de constitucionalidade? Ou melhor dizendo: se o controle de constitucionalidade, que dá aos juízes poder contramajoritário para defender a decisão extraordinária das decisões ordinárias, qual seria a justificativa para permitir que juízes defendessem decisões extraordinárias de novas decisões extraordinárias (ou ao menos “quase extraordinárias”) ?²³⁹

É evidente que os defensores do controle de constitucionalidade de emendas responderiam a esta crítica dizendo que a própria constituição também pode sofrer ataques por meio de emendas constitucionais, e portanto, o controle judicial serviria para protegê-la “*também contra ataques deste poder ‘extraordinário’*” (qual seja o poder constituinte derivado) .²⁴⁰ Neste sentido, acho importante deixar claro que não me oponho à existência de cláusulas pétreas nem à vedação de emendas constitucionais violadoras. É evidente a importância de se proteger a constituição contra modificações que venham a desfigurá-la. No entanto, seria o Poder Judiciário o *locus* ideal para a realização desta proteção? Como se viu anteriormente, há outras formas de se proteger e reafirmar a constituição, e neste caso poderia me referir ao

²³⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: UNB, 1984. (paper nº 10)

²³⁸ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 91-109.

²³⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 8-10.

²⁴⁰ Cf. LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review** 189. 2013, p. 234.

controle político de emendas (avaliação da constitucionalidade de uma emenda pelos próprios legisladores quanto da sua aprovação), o controle por um órgão político diverso, dentro ou fora do Poder Legislativo (a exemplo da CCJ), ou mesmo um controle social radical, realizado pela população, que reafirma seu poder constituinte por meio de manifestações e mobilizações, tendo a constituição como bandeira.²⁴¹ Portanto, é evidente a importância de se realizar algum controle sobre atos do poder constituinte derivado. No entanto, delegar este controle ao Poder Judiciário pode ter um preço democraticamente muito alto: a “ordinarização” das emendas constitucionais (para que se adequem a uma justificativa do controle de constitucionalidade gestada para decisões ordinárias), o apequenamento do poder constituinte derivado e um “resfriamento” da política.

No fundo, aqui se está a tangenciar novamente a discussão já travada no âmbito da teoria da autoridade: é possível considerar que uma emenda constitucional é, de fato, uma norma constitucional, que integra substancialmente o documento que nos constitui como comunidade política e ao qual estão submetidos todos os poderes?

Reconhecer a possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas é a maximização de um ideal de constitucionalismo liberal visto como limitação de poder, eis que mesmo o poder constituinte derivado – ato democraticamente mais robusto de uma democracia constitucional – estaria limitado pelo Poder Judiciário como “guardião” do texto original. O poder constituinte seria “ordinarizado”, portanto. Não haveria nada de muito extraordinário em seu exercício, eis que ainda que a emenda integre formalmente o texto constitucional, e ainda que sirva de parâmetro para declaração de inconstitucionalidade de leis ordinárias, no limite poderá ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário (o que, no Brasil, representa a decisão de seis ministros). Não há uma edição de uma norma constitucional em sentido forte, eis que o poder constituinte derivado jamais seria capaz de produzir normas que servissem diretamente como parâmetro de declaração de inconstitucionalidade (ou seja, normas que vinculassem todos os poderes, inclusive o Judiciário). Pelo contrário, todos seus atos seriam, antes de parâmetro, objeto de verificação de inconstitucionalidade. Seria como fechar as portas do texto constitucional para novas decisões fundamentais: as

²⁴¹ CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, 58, p. 25-36, 2013.

novas decisões estariam sempre “abaixo” do texto original. Far-se-ia presente aqui o já citado problema do “governo dos mais velhos sobre os mais novos”.²⁴²

Por outro lado, esta “ordinarização” do poder constituinte derivado tenderia a não ocorrer em um sistema que não admite o controle judicial de emendas constitucionais, eis que a verificação de constitucionalidade se daria previamente, pelos atores políticos e, uma vez aprovada, a emenda passaria fazer parte do texto constitucional, vinculando todos os poderes, inclusive o Judiciário. As emendas constitucionais seriam decisões fundamentais em sentido forte, eis que, como qualquer norma constitucional do texto original, não poderia ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Haveria, portanto, um poder constituinte derivado com *alguma medida de extraordinariedade*: deveria respeitar as pétreas, mas seria capaz de tomar decisões do mais alto patamar normativo.

Neste sentido, há uma maximização da democracia a despeito da limitação de poder no arranjo do constitucionalismo liberal. Há um aumento da temperatura da política, de tal forma que a sociedade teria uma maior “liberdade em sentido positivo”, podendo decidir mais livremente sobre os temas mais fundamentais.²⁴³ Caso quisesse tomar uma decisão “ordinária”, a comunidade recorreria à legislação comum, sabendo que a decisão estaria submetida ao controle judicial de constitucionalidade. Caso quisesse tomar uma decisão “extraordinária”, democraticamente mais robusta e definitiva, optaria pela emenda constitucional, com procedimento mais dificultoso e necessidade de consenso maior, mas que estaria cristalizada como um valor realmente fundamental, não submetido a controle posterior de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.²⁴⁴

Neste sentido, Joel Colón-Ríos defende como ideal um sistema constitucional mais aberto para reformas, sem uma “fossilização” excessiva. Esta seria uma forma de não “aprisionar” o poder constituinte e a participação política do povo na construção de sua própria normatividade. Seria uma forma de “amenizar” o velho problema do constitucionalismo de um governo das gerações anteriores sobre as atuais. Ao contrário, seria uma forma de o povo fazer daquela constituição algo que

²⁴² ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p, 188.

²⁴³ LOEWESTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 188-189.

²⁴⁴ COLÓN-RÍOS, Joel I. Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments. The **Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 271.

verdadeiramente lhes representa como comunidade política, e não algo que representa majoritariamente os antepassados ²⁴⁵.

Em trabalho dedicado à análise do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, Joel Colón-Ríos estabelece claramente que este tipo de controle, a priori, representa um obstáculo ao ideal de “um povo dar a si mesmo uma constituição”. Ou seja, permitir que juízes possam dizer o que pode ou não fazer parte de uma constituição, por meio da revisão judicial de emendas, seria retirar do povo a possibilidade de dizer o que lhe constitui como comunidade política²⁴⁶.

Inadmitir o controle de constitucionalidade de emendas seria, portanto, uma forma de valorizar as emendas constitucionais e seu potencial democrático. Neste sentido, existe vasta produção acadêmica sobre os *papéis positivos* que a emenda constitucional pode desempenhar em termos de consolidação do constitucionalismo e da democracia. Cito o papel clássico de correção de falhas e defeitos constitucionais²⁴⁷, o papel de agente de flexibilidade e adaptação à realidade²⁴⁸, o papel de resistência e durabilidade constitucional²⁴⁹, o papel de instrumento de superação de decisões judiciais e combate ao agigantamento do Poder Judiciário²⁵⁰, e o papel de válvula de escape em momentos de crise²⁵¹. Neste sentido, valorizar as emendas constitucionais estimularia também estas virtudes do poder constituinte derivado.

Desta forma, o maior risco de adoção do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais é justamente o esvaziamento do poder constituinte e a limitação de seu exercício apenas ao momento de nascimento da constituição. Ainda, Salgado e Chagas entendem que a adoção de um sistema como este pode vir a

²⁴⁵ COLÓN-RÍOS, Joel I. **Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power**. New York, Routledge, 2012, p. 127.

²⁴⁶ COLÓN-RÍOS, Joel I. Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments. **The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p 272.

²⁴⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: UNB, 1984. (paper nº 85)

²⁴⁸ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The Endurance of National Constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 59-63.

²⁴⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena (*et al.*). **Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual**. São Paulo: FGV Direito, 2013.

²⁵⁰ DIXON, Rosalind. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 347, 2011.

²⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *in*: DW. **Quem decide, direta ou indiretamente, é sempre o povo**, 26 de mai. De 2017. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/samuel/47222/quem-decide-direta-ou-indiretamente-e-sempre-o-povo>>. Acesso: 01 de ago. 2019.

reduzir excessivamente o papel dos demais *players* democráticos, criando uma inadequada subalternidade dos Poderes políticos eleitos ao Poder Judiciário.²⁵²

Ocorre, porém, que mesmo admitindo a importância da valorização do poder constituinte derivado e a possibilidade de controle político prévio sobre o conteúdo das emendas constitucionais, defensores do controle judicial emendas constitucionais sempre recorrem ao já apresentado argumento de que “o Poder Judiciário é um *locus* melhor para este tipo de decisão”, e assim sendo, poderia, em tese, fazer um melhor juízo sobre temas propriamente jurídicos, ou ainda, sobre “argumentos de princípio”.²⁵³

Porém, não há garantia de que o Poder Judiciário efetivamente venha a produzir a melhor decisão. Neste sentido, tanto Jeremy Waldron como Larry Kramer criticam esta “demonização” que se faz da arena política em detrimento de uma “idealização” feita do Poder Judiciário. Em verdade, o parlamento não possui apenas rivalismo e decisões em interesse próprio, sendo que muitas vezes interpreta a constituição por meio de seus atos legislativos levando em conta argumentos de princípio e pensando no bem comum. Por outro lado, o judiciário não decide apenas por razões técnico-jurídicas, sendo muitas vezes eivado de interesses políticos e rivalidades, decidindo também com argumentos políticos tal qual o parlamento²⁵⁴. Waldron, por exemplo, defende que é errada a ideia de que o controle de constitucionalidade poderia trazer maior proteção de minorias, vez que bastaria que juízes não fossem sensíveis às reivindicações destes grupos para que estes ficassem desprotegidos. Ainda, Mark Tushnet desconstrói a ideia de que a Corte agiria de forma contramajoritária, demonstrando por meio de estudos empíricos que os tribunais constitucionais se inclinam a seguir a tendência da coalizão política dominante, não havendo provas de que conseguem agir no sentido de conter o ímpeto das majorias, desligando-se completamente do jogo político. Ademais, Tushnet diz que “os juízes nazistas eram também nazistas”, ou seja, seria impossível que os ministros das cortes

²⁵² SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 193.

²⁵³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Kindle version*. Martins Fontes, 2006, p. 41.

²⁵⁴ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. v. 115, 2006, p. 1388-1390. KRAMER, Larry D. **The People Themselves**: Popular Constitutionalism and Judicial Review. Nova Iorque: Oxford University Press. 2004, p. 241.

se descolassem integralmente das ideologias dominantes de sua época para decidirem de forma absolutamente neutra e meramente técnica.²⁵⁵

David Landau, apesar de defensor do controle de constitucionalidade de emendas, alerta para uma série de fatores que poderiam fazer desta um mecanismo *insuficiente para os anseios que se propõe*. Um destes fatores, que julgo interessante destacar, é o fato de que os juízes responsáveis pela tutela da constituição e das cláusulas pétreas seriam submetidos a enormes pressões, podendo se deparar inclusive - nos casos de constitucionalismo abusivo - com emendas das quais eles próprios seriam vítimas.²⁵⁶ Neste sentido, o capital político de uma corte para realizar este tipo de controle de emendas, indo contra majorias muito robustas e consolidadas, teria de ser absurdamente alto.²⁵⁷ Segundo Landau, dificilmente as cortes atingem, de fato, este patamar.²⁵⁸

Portanto, não há comprovação segura de que o Poder Judiciário produz, de fato, uma melhor decisão sobre a constitucionalidade das normas. Isso não significa que ele não possa *colaborar com a consecução de uma melhor decisão*, e isso discutirei melhor no tópico 4.3.2, quando tratar sobre o tema dos diálogos institucionais como uma tentativa conciliatória entre argumentos favoráveis e contrários ao controle ora discutido. Mas por enquanto, é importante ressaltar que não é possível demonstrar, a priori, que os juízes tomam decisões mais corretas sobre direitos. Inclusive, entre dois poderes falíveis, melhor dar o “direito de errar por último” ao poder mais democraticamente legítimo, qual seja aquele diretamente eleito (o Poder Legislativo).²⁵⁹

Inclusive, sobre o tema “direito de errar por último”, é possível pensar o controle de constitucionalidade de emendas como a radicalização de uma ideia de *última palavra judicial*. Isto porque, conforma já citado *en passant* anteriormente, Rosalind Dixon visualiza como relevante oportunidade de conciliação entre constitucionalismo e democracia a possibilidade de utilização das emendas constitucionais como forma de superação política de decisões judiciais em controle de constitucionalidade. Desta

²⁵⁵ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Nova Jersey: Princeton University, 1999, p. 153 -162.

²⁵⁶ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review** 189. 2013, p. 223-227.

²⁵⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

²⁵⁸ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review** 189. 2013, p. 223-227.

²⁵⁹ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. v. 115, 2006, p. 1386-1387.

forma, caso uma comunidade não concordasse com uma decisão de sua Corte Constitucional, seria possível que o Poder Legislativo editasse emenda constitucional “derrubando” a decisão, portanto. Segundo Dixon, isso minimizaria o caráter *antidemocrático* apontado por alguns autores ao controle de constitucionalidade. O caso do *backlash* legislativo da emenda constitucional²⁶⁰ que permitiu a prática da vaquejada após a declaração de inconstitucionalidade da prática pelo STF²⁶¹ seria um exemplo do que Dixon sugere.²⁶² Permitir que até as emendas constitucionais fossem controladas seria, portanto, conferir ao Poder Judiciário a última palavra *de fato* sobre o conteúdo da constituição. No modelo de Dixon, decisões em controle de constitucionalidade seriam superadas por emenda constitucional, o que asseguraria uma última palavra legislativa.²⁶³ No entanto, um modelo com controle judicial de emendas pressuporia que mesmo o último, mais robusto e mais consensual ato democrático fosse submetido ao controle dos juízes, ou seja, última palavra judicial.²⁶⁴

Conrado Hübner Mendes demonstra que um modelo de palavra final judicial definitiva deixa o país à mercê de um problema irresolúvel, qual seja lidar com as *decisões erradas da corte constitucional* (cenários 3 e 4 da tabela abaixo, desenvolvida pelo autor), pois estas se tornam insuperáveis²⁶⁵. Caso a corte erre, ficam de mãos atadas o povo e os poderes democráticos, cabendo apenas aceitar a decisão:

Tabela 1 - Cenários possíveis em uma situação de última palavra judicial

	Passo 2	Corte acerta	Corte erra
Passo 1			
Legislador acerta		1	3
Legislador erra		2	4

Fonte: MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Campus Elsevier, 2008. p. 187.

²⁶⁰ Emenda Constitucional nº 96/2017

²⁶¹ STF. ADI 4.983, rel. min. Marco Aurélio, Julgamento: 15-12-2016, Publicação: 24-02-2017.

²⁶² DIXON, Rosalind. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 347, 2011, p.35-37.

²⁶³ DIXON, Rosalind. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 347, 2011, p. 35-37.

²⁶⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Campus Elsevier, 2008. p. 163.

²⁶⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Campus Elsevier, 2008. p. 187.

Desta feita, se admitirmos a existência de uma palavra final definitiva sobre o conteúdo da constituição, por todas as balizas teóricas que adotei neste trabalho, acredito ser preferível que esta seja dada ao Poder Legislativo, e não aos juízes, o que advogaria contrariamente ao controle de constitucionalidade de emendas. No entanto, no caso brasileiro, em que na prática há controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, a superação de decisões em controle judicial de constitucionalidade é possível não apenas por emendas, como sugere Dixon,²⁶⁶ mas também por lei ordinária.²⁶⁷ Desta forma, no Brasil, a existência de um controle de constitucionalidade de emendas constitucionais não vedaria a superação de decisões da corte pela via legislativa. Ademais, neste sentido, a própria existência ou não de uma última palavra é algo passível de ser posto em cheque, de tal sorte que nada impediria que uma decisão em controle de constitucionalidade de emendas fosse superada por outra emenda. Isso, porém, será melhor debatido na tentativa conciliatória que faço no tópico 4.3.2.

Ademais, a admissão do controle de constitucionalidade de emendas gera um agigantamento da função do Poder Judiciário, podendo desequilibrar a separação dos poderes. Um poder judiciário hipertrofiado ameaça justamente o ideal de autogoverno democrático de que tanto falamos. No fim das contas, até mesmo os mais robustos poderes democráticos que possui o povo para construir sua normatividade, estariam submetidos às limitações impostas pelo Poder Judiciário. Seria a influência da “mão morta” do passado impedindo as gerações atuais e futuras de definirem os conteúdos mais importantes daquilo que os constitui como sociedade.²⁶⁸

Se o papel das cortes no controle de constitucionalidade é “contramajoritário”, barrando maiorias eventuais, Salgado e Chagas definem a função de controle de constitucionalidade de emendas como “super-contramajoritário”, eis que não barraria maiorias “eventuais”, e sim maiorias “excepcionais” (ou, como me referi acima, “quase

²⁶⁶ DIXON, Rosalind. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 347, 2011, p. 35-37.

²⁶⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 402-405.

²⁶⁸ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p, 188.

extraordinárias”). Este contramajoritarismo excessivo desequilibraria o balanço entre constitucionalismo e democracia em favor daquele.²⁶⁹

Por todo o exposto, ao meu ver, torna-se muito difícil pensar no controle de constitucionalidade de emendas como uma opção democraticamente preferível. No plano teórico, entre argumentos favoráveis e contrários ao dado controle, alinho-me mais com estes, portanto. Conferir a última palavra ao Poder Judiciário sobre os temas mais fundamentais de uma comunidade, dando a seis juízes o poder de obstarem uma matéria de grande consenso político, sem garantia de que decidirão da melhor forma, parece violar o ideal de autogoverno da sociedade democrática.

No entanto, a análise no campo da teoria da justiça pressupõe também um juízo pragmático. É impossível desviar, portanto, das perguntas consequentialistas (termo que utilizo de forma não pejorativa): será que, no Brasil, seria melhor extinguir o controle de constitucionalidade de emendas? Com o Congresso Nacional que temos, não estamos desprotegendo a nossa Constituição abrindo mão deste tipo de controle? Assim, verificar se esta prática já realizada desde 1926 pelo STF não se tornou pragmaticamente importante para a democracia e para o constitucionalismo brasileiro é um compromisso inadiável desta pesquisa. Uma visão *ex post* de legitimidade não permite que nos submetamos a uma decisão ruim só por que “teoricamente é a mais correta”. É justamente uma visão em que o papel dos poderes é produzir melhores decisões sob o prisma da razão pública.²⁷⁰

Neste sentido, sob as lentes da teoria da justiça, a conclusão de que “não é preferível um sistema com controle judicial de emendas” pode ser relativizada ou vencida, (adaptando o binômio que usamos ao longo do capítulo para uma discussão mais pragmática): (i) caso se demonstre, dadas as vicissitudes brasileiras, que na prática uma manifestação do Poder Judiciário sobre as emendas constitucionais pode vir a ser interessante para a produção de uma “melhor decisão” institucional ;²⁷¹ (ii) em sendo desejável, caso seja possível reconciliar esta prática com os postulados

269 SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 197.

²⁷⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64-70.

²⁷¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64-70.

democráticos de autogoverno que discuti ao longo do trabalho. Investigar estes dois aspectos é meu objetivo com os próximos tópicos.²⁷²

Apesar da força dos argumentos contrários ao controle de constitucionalidade de emendas apresentados neste tópico, conforme demonstrarei, os argumentos pragmáticos levam a entender que este tipo de controle, tendo em vista uma teoria da justiça, não pode ser completamente descartado, e se for democraticamente potencializada sob uma ótica dialógica e deliberativa, pode vir a ter algum papel relevante.

4.3 UMA CONCILIAÇÃO POSSÍVEL? PENSANDO FORMAS ENROBUSTECER DEMOCRATICAMENTE O CONTROLE JUDICIAL DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Nos tópicos 4.1 e 4.2 apontei propositalmente os argumentos contrários e favoráveis ao controle de constitucionalidade de emendas em termos de possibilidade de produzir melhores resultados (ótima da legitimidade que ora adotamos). No entanto, ignorei propositalmente dois importantes fatores que ora pretendo tratar. Primeiramente, não tratei a fundo das vicissitudes do caso brasileiro, de tal sorte que seria possível pensar que, para as especificidades do nosso país, o controle de constitucionalidade de emendas poderia ser “mais eficaz do que em outras realidades”. Este ponto será objeto do tópico 4.3.1.

Em segundo lugar, não tratei da possibilidade de inexistência de uma última palavra definitiva na teoria flutuante da legitimidade, de tal forma que, caso seja possível demonstrar a viabilidade de um sistema de superações constantes de decisão, os “problemas democráticos” do controle judicial de emendas se amenizariam muito. Este será o tema do tópico 4.3.2.

Em suma, o intento deste tópico será visualizar se, levando em consideração a realidade brasileira, bem como a possibilidade de se “potencializar” a democraticidade do controle de constitucionalidade de emendas por uma visão dialógica mais profunda das instituições, seria ou não possível conciliar este instituto, que bem ou mal se afigura como realidade posta pela jurisprudência, com o binômio que incessantemente

²⁷² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64-70.

temos buscado ao longo do capítulo: **(1)** produção de melhores decisões; **(2)** respeito ao autogoverno. Em suma, cada um dos tópicos seguintes, 4.3.1 e 4.3.2, corresponde à tentativa de conciliação no campo de um dos elementos do binômio, respectivamente.

4.3.1 A possibilidade de produzir melhores decisões em realidades constitucionais como a brasileira

Conforme analisamos nos tópicos relativos a argumentos contrários e favoráveis ao controle de constitucionalidade de emendas, não parece haver garantia de que a adoção da prática produziria, de fato, melhores resultados. No entanto, a grande maioria destes argumentos é produzido, geralmente, em contextos constitucionais muito diversos do nosso (geralmente, nos países do norte global). Neste sentido, os próprios autores, como é o caso de Waldron, ressaltam a necessidade de relativizar alguns dos argumentos contrários ao controle de constitucionalidade em sociedades com contradições mais acirradas (tratarei disto mais adiante).²⁷³

Neste sentido, conforme ressaltei no final do capítulo passado, não consegui me desviar de alguns fatores pragmáticos que demonstraram que, de fato, no Brasil a adoção de um controle de constitucionalidade de emendas poderia se constituir como uma hipótese “mais oportuna do que em realidades primeiro-mundistas”. Estes argumentos são bastante pragmáticos e consequencialistas. Porém, conforme Conrado Hübner Mendes ressalta, no campo da legitimidade *ex post*, não podemos, nem devemos, nos furtar de incluir a capacidade de produção de melhores resultados no debate da legitimidade.²⁷⁴

Em suma, acredito que a adoção do controle de constitucionalidade de emendas, para além de seus defeitos, se ajustado e potencializado democraticamente (de formas que serão posteriormente sugeridas) até poderia vir a produzir bons resultados com base em quatro fatores principais: **(a)** a analiticidade, a petrificação e o “facilitado” procedimento de reforma em nossa Constituição; **(b)** e os problemas

²⁷³ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. v. 115, 2006, p. 1401.

²⁷⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64-70.

sociais, políticos e econômicos tipicamente terceiro-mundistas. Acredito que, em uma realidade como esta, que leva a um alto fluxo de emendamento que pode muitas vezes se tornar incontrolável, pensar na existência de um “desacelerador” pode se tornar algo interessante.

No entanto, quando falamos em “desacelerador”, é importante que não seja um “freio” definitivo, sob pena de violar o ideal de autogoverno democrático. Este, no entanto, é outro problema, e será tratado no tópico 4.3.2. Analisarei agora os fatores que demonstram que pode ser importante a existência de alguma forma de barreira judicial às reformas (ou seja, a possibilidade de produzir melhores resultados institucionais).

4.3.1.1 Analiticidade, petrificação e um “facilitado” procedimento de reforma constitucional

A promulgação da Constituição da República ocorreu após mais de 20 anos de ditadura militar: um longo período de abusos políticos e violações de direitos humanos, em que as constituições traziam listas de direitos poucas vezes “levados a sério” e no qual as demandas políticas populares dos mais diversos grupos eram emudecidas, censuradas e ignoradas. Isso acabou por gerar, dentre outros fenômenos, um (i) acúmulo de demandas não atendidas por diversos grupos, bem como uma (ii) grande insegurança e desconfiança em relação aos poderes políticos.²⁷⁵

Em linhas gerais – até porque estas reflexões não compõem o cerne do debate do controle de emendas – o acúmulo de demandas não atendidas por décadas foi uma das sementes da característica da *analiticidade constitucional* – ou seja, a Constituição abarcou um grande número de direitos advindos dos anseios dos mais diversos setores da sociedade que, de alguma forma, desejavam cristalizá-los no novo pacto constitucional, sob o pretexto de torná-los diretrizes invioláveis. A característica da grande insegurança e desconfiança em relação aos poderes políticos também contribuiu para a analiticidade, vez que a extensão da Constituição se deve justamente ao fato de que a sociedade brasileira, por meio de seus representantes constituintes, acreditou que um grande número de direitos precisaria ser contemplado

²⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. Constitutions and Institutions: Justice, Identity and Reform. Judicial review of constitutional amendments in the Brazilian Supreme Court. **Florida Journal of International Law**, vol. 17, n. 3, p. 449-461, 2005, p. 452 -454.

com proteção especial (ou seja, em grau constitucional). Portanto, conforme afirma Oscar Vilhena Vieira, o fenômeno da insegurança, porém, teve influência mais direta ainda na característica da *petrificação constitucional*, isto é, o constituinte visou tornar intocável uma série de cláusulas, temendo maiorias eventuais futuras ou governos despóticos como o que há pouco se encerrava no país.²⁷⁶

A compreensão, portanto, da Constituição como uma das mais extensas do mundo e como a que traz consigo o mais extenso rol de cláusulas pétreas da história brasileira²⁷⁷, ajuda a compreender porque a discussão sobre o controle de constitucionalidade de emendas deve ser vista com cuidado no Brasil.

No campo da *analiticidade constitucional*, enquanto em boa parte dos países só se edita emenda constitucional para tratar de um número muito restrito de temas, geralmente ligados aos direitos fundamentais e à organização do Estado – únicos temas que constam em boa parte dos textos constitucionais do direito comparado –, no Brasil (e não apenas no Brasil, vale a ressalva) é necessário editar emendas para um extenso número de matérias, como, por exemplo, mudanças no funcionalismo público, nas competências dos tribunais e no regime de precatórios, vez que são matérias que se encontram, todas, no extenso texto da Constituição.

Desta forma, parte muito considerável dos temas importantes para a política brasileira só podem ser debatidas se trazidas ao escopo das emendas constitucionais. Aliado a isso, estudos de Donald Lutz²⁷⁸ e de Jairo Lima²⁷⁹ demonstram que, apesar de o procedimento do art. 60, §2º da Constituição ser exigente (maioria de três quintos do total de membros das duas casas em dois turnos), ele é relativamente facilitado para padrões internacionais. Há assim, um relativamente alto volume de emendas constitucionais,

Por este motivo, Conrado Hübner Mendes afirma em texto de 2005 que, considerando todos os períodos de eleição presidencial desde 1988, não houve um só partido que não tenha incluído em sua plataforma política propostas de modificação

²⁷⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena (et al.). **Resiliência constitucional**: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo: FGV Direito, 2013, p. 14-15.

²⁷⁷ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 67.

²⁷⁸ LUTZ, Donald. Toward a Theory of Constitutional Amendment. **The American Political Science Review**, v. 88, n. 2, 1994, p. 363.

²⁷⁹ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 111.

constitucional.²⁸⁰ É possível estender o raciocínio até o presente momento: é inegável que a modificação constitucional permanece sempre em pauta durante os grandes debates políticos. Os números analisados por Elkins, Ginsburg e Melton²⁸¹ corroboram com esta conclusão: basta verificar que em pouco mais de 30 anos de Constituição da República, foram 125 emendas constitucionais aprovadas – número bastante alto, tendo em vista o direito comparado.

Ademais, embora o número de emendas no Brasil pareça ser, de fato, grande para padrões internacionais, o conteúdo destas reformas raramente atinge seu núcleo fundamental²⁸². Neste sentido, Couto e Arantes constataam que a maior parte das emendas constitucionais se dirige a temas de *policy* (de políticas públicas) e não a temas de *polity* (temas ligados à manutenção da ordem constitucional e à dinâmica dos poderes). Neste sentido, o padrão de emendamento poderia até apresentar sinais positivos, levando a uma durabilidade acompanhada de uma preservação do núcleo essencial da Constituição.²⁸³ Oscar Vilhena Vieira, inclusive, utiliza o termo “resiliência constitucional”, demonstrando que o fato de a Constituição mudar muito demonstra uma elasticidade importante para preservar no tempo seus aspectos fundamentais.²⁸⁴

Observe-se, porém, que não se está a criticar ou elogiar a analiticidade ou padrão de emendamento. Não seria possível afirmar peremptoriamente que o fato de a Constituição ter muitas emendas ou muitos artigos representa, de fato, um prejuízo ou benefício ao regime constitucional²⁸⁵. Porém, é fundamental compreender as consequências dessas características do constitucionalismo brasileiro, notadamente para entender os resultados do controle de constitucionalidade de emendas no Brasil. Como estabelece Conrado Hübner Mendes: “esta multiplicidade de emendas mostra

²⁸⁰ MENDES, Conrado Hübner. Constitutions and Institutions: Justice, Identity and Reform. Judicial review of constitutional amendments in the Brazilian Supreme Court. **Florida Journal of International Law**, vol. 17, n. 3, p. 449-461, 2005, p. 452-454.

²⁸¹ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The Endurance of National Constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 30-36.

²⁸² ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. 1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente. in: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (orgs.). **A carta: para entender a Constituição brasileira**. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2019. p. 15-16.

²⁸³ ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. 1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente. in: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (orgs.). **A carta: para entender a Constituição brasileira**. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2019. p. 15-16.

²⁸⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena (et al.). **Resiliência constitucional**: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo: FGV Direito, 2013, p. 15-16.

²⁸⁵ MENDES, Conrado Hübner. Constitutions and Institutions: Justice, Identity and Reform. Judicial review of constitutional amendments in the Brazilian Supreme Court. **Florida Journal of International Law**, vol. 17, n. 3, p. 449-461, 2005, p. 453-454.

que, no Brasil, o ‘poder constituinte derivado’ funciona como um agente político permanente, que convive e se mistura com os legisladores ordinários e que não pode ser visto como um agente político casual”²⁸⁶.

Assim sendo, em alguma medida, os argumentos exaustivos que apresentei acerca da necessidade de se preservar o poder constituinte derivado e sua capacidade de inovar, podem ser relativizados (o que não significa que percam integralmente o valor). Isto porque, primeiramente, ele não funciona, na prática, de forma assim tão “extraordinária” como supúnhamos. Além disso, nem sempre o poder constituinte derivado está, no Brasil, decidindo sobre temas centrais os mais importantes para o autogoverno da sociedade. Ao contrário, o poder constituinte derivado, no Brasil, é utilizado com relativamente alta frequência (de três a quatro vezes por ano),²⁸⁷ quase como se ordinário fosse, sendo que muitas vezes serve para decidir questões pontuais da “política do dia” (*policy*).²⁸⁸

Nesta seara, é possível imaginar que inadmitir a existência de um controle de constitucionalidade de emendas, no Brasil, poderia significar, pragmaticamente “esvaziar demasiadamente” a força do controle de constitucionalidade. Isto porque, a gama de matérias sobre as quais não poderia se manifestar o STF (eis que incrustadas na Constituição por força de sua analiticidade) seria tão grande, que poderia tolher as próprias funções básicas do controle de constitucionalidade geral. Seria como dizer que o STF não poderia sequer declarar a inconstitucionalidade de questões tributárias pequenas, ou de minúcias sobre o regime dos servidores públicos (temas que, na prática internacional, em sua maioria, estariam tranquilamente inseridos na gama de apreciação da revisão judicial).

Ademais, tendo em vista o extenso – e ainda de alcance e abrangência indefinidos pela jurisprudência do STF – rol de cláusulas pétreas, tem-se um cenário em que a margem para que seja suscitada a inconstitucionalidade de uma emenda se

²⁸⁶ "This multitude of amendments shows that, in Brazil, the 'poder constituinte derivado' (assembly power to amend the constitution) is performed by a permanent political agent, which lives along and gets mixed with the ordinary lawmakers and which cannot be seen as a chance political agent". in: MENDES, Conrado Hübner. *Constitutions and Institutions: Justice, Identity and Reform. Judicial review of constitutional amendments in the Brazilian Supreme Court. Florida Journal of International Law*, vol. 17, n. 3, p. 449-461, 2005, p. 453-454. (tradução livre)

²⁸⁷ ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. 1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente. in: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (orgs.). **A carta: para entender a Constituição brasileira**. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2019. p. 17-18.

²⁸⁸ ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. 1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente. in: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (orgs.). **A carta: para entender a Constituição brasileira**. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2019. p. 17-18.

torna muito alta. Se admitir o controle de constitucionalidade de emendas em alguns países pode significar uma hipertrofia do papel do Poder do Judiciário na interpretação da constituição (conforme já tratamos),²⁸⁹ impedi-lo, em um arranjo de alto emendamento e alta petrificação (como o brasileiro), poderia reduzir muito o papel dos juízes no constitucionalismo, privando-os de se manifestarem sobre um grande número de inconstitucionalidades potenciais.

É evidente que a constatação destes eventuais “benefícios” que o controle de constitucionalidade de emendas poderia gerar no Brasil, de maneira alguma, exclui ou contradiz os vários problemas da prática já ressaltados anteriormente. São, em verdade, relativizações do debate teórico tendo em vista o arranjo institucional brasileiro, gerando alguns contrapontos (não contradições) positivos no controle de emendas que não seriam vistos em outros exemplos comparados. Ainda assim, imagino que uma aquiescência democrática com o controle de emendas no Brasil, visando fazer proveito destes contrapontos positivos, só seria possível a partir do enfrentamento prático de vários dos problemas democráticos que a prática apresenta (tema que será melhor tratado ao fim da dissertação).

4.3.1.2 Problemas sociais, políticos e econômicos tipicamente terceiro-mundistas

Waldron, quando formula seu “argumento essencial” contra a revisão judicial de legislações, estabelece quatro pressupostos básicos que devem possuir todas as sociedades para que seu argumento central seja aplicável. Waldron estabelece estes pressupostos não para defender a revisão judicial em todos os países em que eles não estão presentes. Pelo contrário, Waldron os estabelece para destacar que em “democracias muito desenvolvidas” não resta nenhum argumento em favor do controle de constitucionalidade de leis. Em democracias sem estes pressupostos, porém, o a revisão judicial poderia ser discutida como uma possibilidade, levando em conta a realidade de cada sociedade.²⁹⁰

²⁸⁹ SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 197.

²⁹⁰ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. v. 115, 2006, p. 1401.

São os pressupostos: **(a)** instituições políticas democráticas em pleno funcionamento (sistema político amplamente democrático, sufrágio adulto, legislatura representativa, eleições justas e regulares; Legislativo deliberativo, responsivo, seguro; vasto e constante contato com eleitores e com a sociedade por meios formais e informais; igualdade política e representação de minorias); **(b)** instituições judiciais em pleno funcionamento (a sociedade possui cortes independentes, funcionando razoavelmente bem, resolvendo casos concretos, protegendo o estado de direito); **(c)** comprometimento com direitos (a sociedade, por meio da maior parte de seus membros, é profundamente comprometida com a proteção de direitos individuais e com a proteção de minorias); **(d)** desacordo razoável sobre direitos (embora “a proteção de direitos” esteja no campo do consenso, há desacordos gerais sobre os principais temas políticos e sobre como protegê-los, porém, de forma razoável, sem pressupor o esgotamento de direitos).²⁹¹

Não pretendo aqui analisar minuciosamente em que medida estão ou não presentes os pressupostos levantados por Waldron.²⁹² No entanto, é evidente que o Brasil, até mesmo por conta de sua história colonial e pertencimento ao contexto latino-americano, não goza de todos estes requisitos. As instituições democráticas em países terceiro-mundistas são, geralmente, muito jovens, ainda em desenvolvimento. Ademais, sua curta existência não raro foi interrompida por rupturas antidemocráticas, como é o caso das ditaduras brasileiras no Estado-novo e após o golpe militar de 1964. Ainda, em termos sociais, a desigualdade econômica é premente, as marcas da escravidão deixaram como herança uma grave desigualdade racial, e minorias em geral (como negros, mulheres e membros da comunidade LGBT) são absolutamente sub-representadas em instâncias políticas e judiciais.

Neste sentido, é evidente – como admite o próprio Jeremy Waldron – que a revisão judicial ganha outros contornos em termos de relevância.²⁹³ No limite, a revisão judicial poderia servir como um espaço capaz de ouvir minorias com baixa representação parlamentar, barrando medidas absolutamente contrárias aos direitos,

²⁹¹ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. v. 115, 2006, p. 1359-1366.

²⁹² WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. v. 115, 2006, p. 1359-1366.

²⁹³ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. v. 115, 2006, p. 1401-1405.

que vão muito além do que seria um “desacordo razoável”.²⁹⁴ Neste sentido, transporto este argumento para o tema das emendas constitucionais, citando algumas propostas de emenda recentes (já aprovadas ou não) que demonstram que, muitas vezes, em sociedades absolutamente desiguais como a brasileira, podem vir à baila emendas extremamente atentatórias aos direitos. Isto poderia justificar, em alguma medida, a necessidade de um pronunciamento judicial para barrá-las.

Cito, primeiramente, a “PEC do Teto”²⁹⁵. Dada emenda encaixa-se tão bem na categoria de desmembramento constitucional, que o próprio Richard Albert o utiliza a esmo como exemplo de desmembramento no tocante aos direitos²⁹⁶. Em suma, apesar de a Constituição possuir uma clara vocação social, consagrando em larga escala os direitos sociais à saúde, educação, moradia, previdência, etc, em 2016 aprovou-se emenda que congela por 20 anos os gastos primários do Estado, ou seja, gastos que incluem as políticas de saúde e educação. Isto representa, considerando o aumento populacional em franca expansão no Brasil, que os gastos com educação nunca poderão crescer mais do que a inflação. Considerando, ainda, os baixos índices de rendimento que o Brasil possui em termos de saúde e educação, assumir a “PEC do Teto” significa assumir uma inevitável precarização dos serviços sociais (o que se depreende por lógica matemática, vez que a população aumentará mas o orçamento para atendimento dos serviços, não)²⁹⁷. Parece bastante evidente que tal emenda viola não apenas os direitos sociais contidos no art. 7º da Constituição²⁹⁸ como também os objetivos da república, notadamente aquele que impõe como dever o combate à pobreza e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III²⁹⁹).

²⁹⁴ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. v. 115, 2006, p. 1366-1368.

²⁹⁵ Emenda Constitucional nº 95/2016

²⁹⁶ ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **Yale Journal of International Law** 1, 2018, p. 50.

²⁹⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden. The forgotten people in Brazilian constitutionalism: Revisiting behavior strategic analyses of regime transitions. **International Journal of Constitutional Law**, v. 15, n. 2, p. 332-357, 2017.

²⁹⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social

²⁹⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Outro exemplo de emenda já aprovada é a “Reforma da Previdência”³⁰⁰, que altera em grande medida o caráter solidário da previdência que é tão central na ordem constitucional de 1988, conforme inciso I do art. 3º (“construir uma sociedade livre, justa e solidária”). Acerca deste caráter solidário, Marta Arretche afirma que a Constituição visou romper com um sistema “corporativista” de acesso a direitos sociais para inaugurar um modelo de acesso amplo à previdência. Indexar o piso de benefícios ao salário mínimo, expandir o acesso à aposentadoria rural, desvincular o acesso à seguridade social à obrigatoriedade de pertencimento ao mercado formal de trabalho foram algumas das medidas constitucionais que caminharam neste sentido. Arretche demonstra por meio de números como, de fato, o advento da Constituição significou mudança paradigmática no acesso dos *outsiders* (populações antes excluídas) aos direitos sociais como a previdência, o que acabou por gerar também uma série de efeitos econômicos laterais importantes³⁰¹.

A proposta de “Reforma da Previdência”, porém, vai na contramão desta lógica constitucional de solidariedade, trazendo um verdadeiro desmembramento. O previdencialista Marco Aurélio Serau Júnior afirma categoricamente que não há na reforma sequer um artigo que vise ampliar o acesso à aposentadoria. Pelo contrário, os vetores da reforma são, segundo o autor: “a) Rompimento do Solidarismo Social; b) Esvaziamento da Seguridade Social; c) Redução Drástica dos Valores dos Benefícios e, d) O Sistema de Gatilho Instituído”. Este último vetor, inclusive, exemplifica bem o problema que se está a tratar, vez que determina que para além do determinado nesta reforma, a idade mínima para aposentadoria deve mudar automaticamente de acordo com a mudança da expectativa de vida da população. Idade mínima esta proposta em 62 anos para mulheres e 65 anos para os homens, ignorando completamente as desigualdades sociais e regionais próprias do Brasil, vez que em algumas regiões as pessoas sequer atingem esta idade. Ressalte-se ainda todas estas regras atingiriam patamar constitucional, o que dificultaria muito sua modificação posterior. É o que Marco Aurélio Serau Júnior chama de “neoconstitucionalismo às avessas”, ou seja, a hiperconstitucionalização de limites ao

³⁰⁰ Proposta de Emenda Constitucional nº 06/2019

³⁰¹ ARRETCHE, Marta. Trinta anos da Constituição de 1988: razões para comemorar?. **Novos estud. CEBRAP**, Dez 2018, vol.37, no.3, 2018, p. 408-412.

acesso a direitos, utilizando da rigidez constitucional como forma de impedir o progresso social³⁰².

Saindo do campo dos direitos e adentrando ao campo das estruturas democráticas, cito outros dois exemplos de mudanças constitucionais violadoras “prometidas” por Bolsonaro - e não concretizadas em propostas de emenda constitucional “de fato” - que podem ser analisados em bloco. O primeiro exemplo é a chamada “PEC do Pijama”, a partir da qual - conforme anunciaram Bolsonaro e seus correligionários - seria revogada a “PEC da Bengala” (a EC nº 88 de 2015, que aumentou de 70 para 75 anos a idade máxima do funcionalismo público), reduzindo a idade máxima dos ministros do STF, permitindo que o novo governo nomeasse um número maior de membros para a Corte³⁰³. O segundo exemplo também anunciado como “medida pretendida” pelo governo Bolsonaro é o aumento do número de ministros do STF visando formação de maioria pelo novo governo³⁰⁴.

Nestes dois casos, as violações aos limites ao poder de reforma são cabais. O primeiro limite material mais claramente ferido é aquele previsto no art. 60, §4º, III da Constituição, ou seja, a violação à separação dos poderes. Trata-se de proposta de caráter claramente autoritário, que visa neutralizar a função de “freios e contrapesos” da relação constitucional entre Poder Executivo e Poder Judiciário por meio da criação de uma “maioria instantânea” na corte. Caso se tornasse proposta de emenda constitucional, seria o claro caso de inconstitucionalidade.

Por todo exposto, tendo em vista o caráter antidemocrático e “anti-direitos” que possuem certas propostas de emenda constitucional em países como o Brasil, em que não há um “razoável” desacordo sobre direitos, levando em conta ainda que demonstrei que as barreiras para edição de emenda são razoavelmente baixas e apontam no sentido de um alto emendamento, concluo que *é possível admitir que a demanda por um pronunciamento judicial acerca das emendas constitucionais pode ser importante na busca de uma melhor decisão sobre o conteúdo da constituição*.

³⁰²SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. Os pontos (obscuros) que norteiam a nova Reforma Previdenciário-Assistencial (PEC 6/2019). **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, v. 358, p. 213-217, 2019.

³⁰³ CONJUR. **Deputados federais ligados a Jair Bolsonaro querem revogar PEC da Bengala**, 16 de nov. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-16/deputados-ligados-jair-bolsonaro-revogar-pec-bengala>>. Acesso em: 01 de ago. de 2019.

³⁰⁴FOLHA DE S. PAULO. **Bolsonaro quer aumentar número de ministros do Supremo**, 01 de jul. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-supremo.shtml>>. Acesso em: 01 de ago. de 2019.

Este pronunciamento poderia servir, no limite, como um contraponto (ainda que insuficiente) a propostas que não respeitam o conteúdo mínimo dos direitos, eis que, conforme citei acima, ao menos o Poder Judiciário não é um espaço absolutamente majoritário, e pode, portanto, decidir de forma contrária às maiorias eventuais (embora, como pontua Gargarella, esta seria apenas uma “possibilidade”, de tal sorte que não haveria nenhuma garantia de que os juízes seriam – de fato- mais sensíveis aos anseios de minorias).³⁰⁵

Em suma, portanto, levando em consideração estes argumentos pragmáticos da realidade brasileira (alto padrão de emendamento e existência de um “irrazoável dissenso” sobre direitos), poderia ser interessante agregar uma manifestação judicial na “rodada procedimental”³⁰⁶ em que se debate a constitucionalidade de uma emenda, como um contraponto, como uma “segunda opinião externa”. Seria a importância daquilo que chamei anteriormente de um mecanismo de “desaceleração” às emendas constitucionais violadoras.

Porém, a possibilidade de conciliação, conforme expus anteriormente, demanda não só a possibilidade eventual de proferir uma melhor decisão, como também a possibilidade de atendimento ao ideal democrático de autogoverno, sob pena de uma espécie de “despotismo esclarecido”. Se é possível que os juízes possam colaborar com melhores resultados, é necessário verificar, no entanto, se é possível conciliar este tipo de prática com os requisitos de uma sociedade que pretende governar a si própria, sob pena de *proteger a sociedade do legislador, mas deixa-la a mercê dos juízes*. Este tema, portanto, é objeto de investigação do tópico seguinte.

4.3.2 A possibilidade de viabilizar democraticamente o instituto: diálogos, deliberação e supermaiorias

Tendo em vista que, considerando as especificidades da realidade brasileira, até seria possível entender como relevante a existência de um controle de judicial constitucionalidade de emendas que funcionasse como uma “desaceleração” às

³⁰⁵ GARGARELLA, Roberto. **La dificultad de defender el control judicial de las leyes**. Publicación: Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantess, 2005, p. 64-65.

³⁰⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

reformas violadoras, cabe agora verificar se é possível conciliar o instituto com o ideal de autogoverno democrático. Minha preocupação é verificar se seria possível pensar nesta desaceleração como um mecanismo democraticamente adequado. Ou, ainda, se esta “desaceleração” poderia, de alguma forma, ceder quando as forças democráticas assim demandassem. Demonstrarei neste capítulo uma série de trabalhos que se propuseram a esta tarefa. Ainda que as respostas encontradas aqui sejam insuficientes para uma “conciliação total” entre revisão judicial de emendas e democracia, acredito que estes argumentos serão, ao menos, úteis para a busca da “conciliação possível”.

A primeira forma de conciliar controle de emendas e democracia, que já “fulminaria” de pronto com boa parte das críticas que apresentei no tópico 4.2, seria a assunção da ideia de que inexiste uma última palavra definitiva (assunção esta que mantive propositalmente suspensa para melhor compreender aquelas críticas). Conforme já ressaltai antes, a obra de Conrado Hübner Mendes vê a existência de diálogos institucionais como uma “realidade posta”, sendo que estes ocorrem invariavelmente, queiramos ou não. Desta forma, não deveríamos nos preocupar tanto com o “governo dos mortos sobre os vivos” ou com a possibilidade de decisões antidemocráticas por parte das cortes, vez que estas decisões sempre poderiam ser superadas pelos demais poderes.³⁰⁷

A tese dos diálogos parece, neste sentido, a melhor forma de visualizar a conciliação entre controle judicial de emendas e democracia, eis que decisões que nos desagradam sobre emendas constitucionais poderiam ser superadas pela edição de uma nova emenda constitucional com conteúdo análogo ao da primeira. O principal trunfo desta teoria, é o de conseguir visualizar um passo conciliatório sem a necessidade de uma mudança institucional relevante: todos os instrumentos para a adoção desta visão estão disponíveis na nossa constituição.

No entanto, em termos de análises mais pragmáticas como a que me propus neste capítulo, não consigo ignorar alguns fatores que dificultam esta conciliação e que, ao meu ver, ainda fazem das teorias críticas ao controle judicial de emendas extremamente relevantes. Primeiramente, ainda considero muito desproporcional que o STF não possua qualquer ônus procedimental adicional para a declaração de

³⁰⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 187.

inconstitucionalidade de emendas, tendo em vista que ela é aprovada por procedimento muito mais difícil, e possui, portanto, um consenso muito mais elevado do que a legislação comum.³⁰⁸ Em segundo lugar, não consigo ignorar o fato de que, na prática, a superação de decisões do STF, sobretudo em matéria de emendas constitucionais não é algo muito constante, bem como não são adotadas com frequência práticas deliberativas.³⁰⁹ Desta forma, acredito que esta inexistência de uma palavra provisória talvez seja visível muito mais “*em tese*” do que “*na prática*”. Analiso, portanto, algumas das propostas práticas e teóricas que visam conciliar controle de emendas e democracia com especial atenção a estes pontos que ressaltei.

Além da importância da deliberação interinstitucional para a conciliação entre controle de constitucionalidade de emendas com os postulados democráticos, Salgado e Chagas ressaltam também a importância da deliberação intrainstitucional, no âmbito das Cortes.³¹⁰ Neste sentido, ao reduzir o individualismo das decisões, aumentando o grau de qualidade da deliberação no interior do STF, utilizando argumentos mais transparentes e de razão pública, o “problema democrático” do controle de emendas se ameniza.³¹¹ Da mesma forma, a potencialização de mecanismos como o as audiências públicas e os *amici curiae* também podem aumentar a democraticidade das deliberações, reduzindo o “desconforto democrático”.³¹²

Yaniv Roznai é um autor que defende veementemente o controle de constitucionalidade de emendas. Porém, por reconhecer a existência de “déficits democráticos” na prática, sugere como medida conciliatória a autocontenção judicial,

³⁰⁸ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 217.

³⁰⁹ GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 60, n. 3, p. 137-159, 2015.

³¹⁰ SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 201.

³¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, 2013. A referida obra também é utilizada como referência por SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 189-201.

³¹² GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 60, n. 3, p. 137-159, 2015. A referida obra também é utilizada como referência por SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 189-201.

ou seja, uma atuação mais deferente das cortes nesta seara.³¹³ Conforme constatee no capítulo 2, esta atuação especialmente autocontida no campo das emendas constitucionais não ocorre no âmbito do STF. Ademais, apesar de achar preferível que a corte atue desta forma, Jairo Lima reputa como insuficiente esta solução para uma compatibilização entre controle judicial de emendas e democracia, eis que depositaria todas as fichas do esforço conciliatório na “boa vontade” ou na “boa atuação” dos juízes.³¹⁴

Uma proposta, que iria ao encontro da necessidade de diferenciar aquele ônus que possui o STF para declarar a inconstitucionalidade daquele que possui para declarar a inconstitucionalidade de uma emenda, Jairo Lima sugere o estabelecimento de um quórum diferenciado de ministros da corte para este controle. Desta forma, não seria mais possível a declaração de inconstitucionalidade de emendas por “6x5”, mas sim, somente por aquilo que Lima chama de “supermaiorias judiciárias”. Seria a contraposição de uma supermaioria legislativa à uma judiciária, portanto. Existem inclusive, projetos de lei neste sentido³¹⁵. Esta solução certamente não resolve a questão da legitimidade, mas certamente a potencializa democraticamente.³¹⁶

Dentro da tarefa de conciliação a qual me propus a realizar neste tópico, vim abordando soluções que tentam, em alguma medida, “manter o modelo”, porém, potencializando sua democraticidade, por meio de mudanças legislativas pontuais ou mesmo por mudanças de postura institucional. Dedico agora alguma atenção às propostas de solução à problemática do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais que visam uma verdadeira “mudança de modelo”. Em suma, são propostas que não eliminam o controle judicial das reformas, porém, fazem com que o Poder Legislativo possa “derrubar em definitivo” estas decisões.

Uma primeira ideia é abordada por Joel Colón-Rios. Trata-se de um autor que, apesar de reconhecer que o controle de constitucionalidade de emendas é, aprioristicamente, democraticamente deficiente (por atribuir às cortes a “última palavra” sobre o que pode fazer parte da Constituição), reconhece que este

³¹³ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power**. Oxford: Oxford University Press, 2017 p, 193.

³¹⁴ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.220.

³¹⁵ Projeto de Lei nº 1360/2015

³¹⁶ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 188-190.

mecanismo pode vir a desempenhar um papel interessante nas democracias constitucionais se for “potencializado” por mecanismos de democracia deliberativa. Em suma, o papel da revisão judicial de emendas seria, em sistema de diálogos institucionais em que decisões podem ser superadas, *apontar que determinada mudança constitucional pretendida prescinde de um consenso maior, e, portanto, necessita de um novo esforço deliberativo*. Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade de emenda seria uma forma de demonstrar que aquela mudança constitucional pretendida não é *ordinária*, ou seja, é algo *extraordinário*, que muda a constituição em grau elevado. No limite, a corte estaria a “provocar” o poder constituinte derivado a provar que aquela mudança é realmente necessária. O poder de reforma, assim, teria de emitir como resposta uma decisão ainda mais robusta ³¹⁷. Exemplifico.

Não pretendo aqui encerrar o debate apresentado mecanismos concretos para a solução dos problemas levantados, nem mesmo pretendo esgotar os exemplos oferecidos pelo direito comparado como formas de enfrentamento do problema democrático do controle de constitucionalidade de emendas. No entanto, penso ser relevante citar o art. 376 da Constituição Colombiana, apontado por Colón-Ríos como um interessante mecanismo de aumento do grau deliberativo de uma democracia, tornando o controle de constitucionalidade de emendas benéfico para a busca de boas soluções. O referido artigo, basicamente, permite que a convocação de um referendo para decisão sobre uma nova assembleia constituinte com competência e composição previamente determinadas. Neste sentido, Colón-Ríos dispõe que, reformas constitucionais *ordinárias* poderiam ser submetidas ao controle de constitucionalidade das cortes. Porém, insatisfeitos com a declaração de inconstitucionalidade, o povo disporia de um mecanismo forte de superação da decisão judicial, se valendo do procedimento do art. 376 para fazer uma reforma constitucional *extraordinária*, dotada de grande legitimidade popular, e não submetida a controle de constitucionalidade. É uma forma clara de diálogo institucional, em que uma mesma decisão passa por diversas instâncias e formas de deliberação, visando um aprimoramento.³¹⁸

³¹⁷ COLÓN-RÍOS, Joel I. Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments. **The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p 272.

³¹⁸ COLÓN-RÍOS, Joel I. Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments. **The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p 281.

Em suma, Colón-Ríos acredita na importância do diálogo interinstitucional para solução da controvérsia. Porém, acredita que a melhor forma de resolvê-lo seria assegurar ao poder político, no caso, o povo, por meio de referendo, o direito de encerrar a discussão com um pronunciamento democraticamente mais forte. Modelos como o da Índia e do Brasil, em que a superação de decisões em controle judicial de emendas até seria possível, porém, apenas por um ato de “igual força” àquele declarado inconstitucional (no caso, uma nova emenda), seriam insuficientes. Modelos como o da Colômbia ou da Bolívia, em que o controle de constitucionalidade de emendas convive com a possibilidade de edição de um novo ato “mais forte” do que rechaçado judicialmente, seriam ideais sob a ótica do autor.³¹⁹

Uma ideia neste sentido foi a PEC nº 33, que visava, entre outras coisas, solucionar especificamente estes “problemas democráticos” ligados ao controle de constitucionalidade de emendas. A solução da proposta de emenda se assemelhava muito ao mecanismo do art. 376 da Constituição Colombiana exaltado por Colón-Ríos³²⁰: (i) vedava a suspensão liminar de emendas constitucionais pelo STF; (ii) submetia novamente à apreciação do Congresso Nacional as emendas constitucionais declaradas inconstitucionais pelo STF; (iii) caso o Poder Legislativo discordasse da declaração de inconstitucionalidade, a matéria era submetida a referendo popular.³²¹

Outra ideia que vai nesta linha é a adoção da tese da “dupla revisão”, em que seria possível, em caso de insatisfação com a existência das cláusulas pétreas ou mesmo com as declarações de inconstitucionalidade realizadas com base nelas, mudar o próprio rol de cláusulas pétreas (art. 60, §4º da Constituição). Defensor da tese, Manoel Gonçalves Ferreira Filho argumenta que a Constituição já teria trazido expressamente todas aquelas cláusulas não passíveis de modificação, sendo que, observando-se a experiência comparada – a exemplo da Constituição Alemã –, quando o próprio artigo responsável por trazer regras de modificação é imodificável,

³¹⁹ COLÓN-RÍOS, Joel I. *Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments*. **The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p 281.

³²⁰ COLÓN-RÍOS, Joel I. *Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments*. **The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p 276-277.

³²¹ SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. *The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil*, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019, p. 194.

ele geralmente consta de forma explícita entre as cláusulas pétreas³²². No entanto, conforme estabelecem Canotilho e Moreira, certos limites decorrem da própria lógica e, portanto, são anteriores ao próprio exercício legislativo/constituente. Há coisas que sequer precisam ser ditas, portanto³²³. Segundo Virgílio Afonso da Silva, parece lógica a existência de uma cláusula pétrea implícita em relação a este dispositivo (art. 60, §4º da Constituição), eis que não haveria sentido algum em estabelecer limites ao poder de reforma se os próprios limites pudessem ser modificados.³²⁴

Estas soluções que “mudam o modelo”, como a proposta por Colón-Ríos³²⁵, a ideia de dupla revisão e a PEC nº 33, no entanto, merecem três ressalvas importantes: (1ª) elas de fato propõem soluções dialógicas e deliberativas de superação de decisões judiciais, porém, *elas não eliminam a ideia de última palavra*, pelo contrário, elas a atribuem ao Poder Legislativo. Neste sentido, conforme estabelece Conrado Hübner Mendes, soluções desta natureza podem dar azo a outros tipos de problema, trocando o “juiz idealizado” pelo “legislador idealizado”, imaginando que - por possuir “pedigree democrático” – o Poder Legislativo necessariamente realizaria os anseios da população e respeitaria minorias. Há uma inversão dos pólos do problema, portanto.³²⁶ É evidente que, como define Waldron, entre um erro judiciário e um erro legislativo, melhor este, eis que mais democraticamente legítimo.³²⁷ Porém, ter um erro não passível de correção é sempre um problema. E a atribuição de última palavra legislativa o resolve.

(2º) Estas ideias pressupõem, na linha do que sugere Rosalind Dixon³²⁸, que o diálogo precisa ser encerrado, ou seja, que seria necessária a existência de uma “cartada final” mais democrática que solucione a controvérsia sobre a

³²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das 'cláusulas pétreas'. **Revista de Direito Administrativo**, 1995, p. 11-12.

³²³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 302.

³²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as Sereias e o Poder Constituinte Derivado. **Revista de Direito Administrativo**, nº 226, 2001, p. 17-18.

³²⁵ COLÓN-RÍOS, Joel I. Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments. **The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p 276-277.

³²⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165-172.

³²⁷ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. v. 115, 2006, p. 1395-1396.

³²⁸ DIXON, Rosalind. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 347, 2011.

inconstitucionalidade. Conforme vimos, isto não necessariamente precisa ocorrer, e acarreta os problemas que acabamos de citar sobre a “última palavra legislativa”.

(3º) Como estamos pensando em uma forma de conciliação entre controle judicial de emendas e ideal de autogoverno, visando justamente produzir os bons resultados possíveis demonstrados em tópico anterior, talvez estas não sejam as soluções mais interessantes, justamente pelo fato de que *muitas daquelas vantagens anteriormente apontadas provavelmente não mais se fariam presentes com estas reformas*. A força do controle de emendas como “poder contramajoritário” em face de emendas violadoras seria bastante esvaziada. Assim sendo, estas soluções destroem as desvantagens do controle, mas destroem também várias de suas vantagens.

Se a ideia é adotar de vez os argumentos desfavoráveis ao controle (expostos no tópico 4.2), soluções mais radicais como estas seriam ideais (o que não considero de todo irrazoável). No entanto, se a tarefa é a tentativa de conciliação entre vantagens e desvantagens do controle de constitucionalidade de emendas, a potencialização dos mecanismos de superação de decisão oferecidos pela própria Constituição, visualizando – como propõe Hübner Mendes – a existência de um diálogo permanente entre poderes, seria uma solução muito mais interessante.³²⁹

Desta feita, resta evidente que as soluções propostas neste tópico auxiliariam muito na busca de uma “conciliação possível” entre o instituto e o ideal de “autogoverno” democrático, visando a superação dos problemas pragmáticos da realidade brasileira expostos no tópico anterior. Porém, não acredito que sejam suficientes para tornar o controle de constitucionalidade de emendas uma prática que – seguramente – produziria melhores decisões; ou que atendesse plenamente, sem quaisquer déficits ao ideal de autogoverno democrático. Trata-se, em verdade, de um conjunto de medidas que minimiza os problemas e maximiza os benefícios do controle de constitucionalidade de emendas, buscando conviver com ele e dele se valer da melhor forma possível, notadamente se considerarmos que se trata de uma prática historicamente consolidada no Brasil.

³²⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135-140.

Na prática, como ressalta Colón-Ríos, as democracias ainda estão distantes do ideal deliberativo pretendido por medidas como as sugeridas.³³⁰ No Brasil, por exemplo, a prática deliberativa intrainstitucional e interinstitucional ainda é mínima. Não se vê a superação de decisões como algo constante, dificilmente o Poder Judiciário adota práticas deliberativas ou participativas de forma substancial³³¹ e práticas que visam atribuir maiores ônus, maior controle e menores poderes ao Judiciário, são geralmente recebidas com chuvas de críticas pela própria doutrina jurídica, de tal sorte que é difícil imaginar que elas “emplacariam”.³³² Desta forma, é difícil vencer em definitivo os paradoxos democráticos do controle judicial de emendas: se diálogo e deliberação não ocorrem de fato, o Poder Judiciário acaba sendo, na prática, repositório quase inevitável da última palavra.³³³ Assim sendo, mesmo diante de todas as tentativas conciliatórias, permaneço mantendo fortes ressalvas quanto à legitimidade do controle de constitucionalidade de emendas (ainda que sob uma ótica *ex post*), pela dificuldade de visualizar, com segurança a real possibilidade de produção de decisões melhores.

No entanto, pensar em “medidas conciliatórias”, por mais distantes que pareçam, é uma forma de visualizar quais práticas podem ser adotadas para minimização dos “problemas democráticos” apresentados. Em suma, caso, de fato, o controle de constitucionalidade de emendas seja algo que “veio para ficar”, é fundamental que pensemos – seja ele legítimo ou não – em formas conciliatórias como as apresentadas, convivendo com este controle da melhor forma possível.

5 CONCLUSÃO: CONTROLE LEGÍTIMO OU ILEGÍTIMO?

³³⁰ COLÓN-RÍOS, Joel I. Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments. **The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p 276.

³³¹ GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 60, n. 3, p. 137-159, 2015.

³³² Eduardo Borges Espínola Araújo escreveu uma obra rebatendo as várias críticas feitas pela comunidade jurídica à ideia de uma assembleia constituinte exclusiva para a realização de uma reforma política. Cf. ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. **A teoria liberal do poder constituinte: uma análise das críticas da comunidade jurídica às propostas de reforma excepcional da constituição**. Curitiba: Ithala, 2017.

³³³ COLÓN-RÍOS, Joel I. Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments. **The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p 276-277.

A tarefa à qual me debrucei neste trabalho foi a de investigar a existência ou não de legitimidade para o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil. No entanto, para que seja respondida a pergunta de pesquisa, passa-se incontrolavelmente por uma pergunta anterior: o que é legitimidade?

Apresentei, primeiramente, uma visão *ex ante* da legitimidade, baseada na separação entre teoria da autoridade e da justiça, visando verificar de uma forma procedimentalista a existência, ou não, de uma previsão constitucional que determinasse o STF como “quem deve decidir”. Sob esta ótica, não há legitimidade na revisão judicial de emendas constitucionais no Brasil. Nenhum dos fundamentos apresentados para justificar uma legitimidade procedimental expressa na Constituição convence suficientemente, eis que confundem teoria da autoridade e da justiça, não logrando êxito em justificar o controle sem recorrer a argumentos substanciais ligados à busca da “melhor decisão”, conduzindo a uma ótica de “supremacia judicial” a partir da qual ao STF caberia, por sua vocação para a decisão sobre direitos, decidir sobre – basicamente – todo e qualquer tema jurídico.

Em seguida, apresentei uma visão *ex post* da legitimidade, calcada em uma união entre teoria da justiça e da autoridade, permitindo que os procedimentos e os agentes aprioristicamente designados para cumprir determinadas funções no arranjo institucional, passassem a flutuar por outros espaços a depender do grau de legitimidade que conquistariam a partir da qualidade de suas argumentações e do acerto de suas decisões. Não é possível – com base nos referenciais teóricos que apresentei – afirmar que a revisão judicial de emendas necessariamente traria melhores resultados, o que torna tal controle, também com base na teoria da justiça, questionável. No entanto, se considerarmos - de um lado - a realidade brasileira, composta por um alto padrão de emendamento e por realidades sociais e econômicas que favorecem ofensivas que atacam direitos por meio de emendas; bem como – de outro lado – a possibilidade de mitigar alguns dos déficits democráticos do controle de constitucionalidade de emendas por meio de reformas estruturais e/ou posturas dialógicas de agentes e instituições, é possível pensar em um cenário em que o controle de constitucionalidade de emendas ofereça alternativas interessantes ao arranjo institucional, adicionando mais uma fase (judicial) de debate na rodada procedimental de aprovação de uma emenda constitucional (o que pode enriquecer o produto “final” da decisão).

Assim, a pesquisa, considerando o cenário acima apresentado, oferece uma resposta possível para o interlocutor que adotar uma ou outra teoria da legitimidade, sendo ambas coerentes internamente para servirem a estes dois diferentes paradigmas. Inobstante, uma resposta peremptória da minha parte, acerca da existência ou não de legitimidade para o controle de constitucionalidade de emendas, não prescindiria de um posicionamento acerca de qual teoria da legitimidade me parece mais adequada. Farei isso, no entanto, não sem antes destacar que acredito não ser esta a resposta mais relevante que se pode extrair deste trabalho (sobretudo do ponto de vista prático).

Considerando meus referenciais teóricos de base (citados na introdução), minha afinidade com uma teoria constitucional crítica à exacerbação do Poder Judiciário e uma consequente preocupação com um maior *accountability* do controle de constitucionalidade, com previsibilidade e delimitação clara de papéis, me filio a uma teoria *ex ante* da legitimidade, muito baseada no procedimentalismo de Jeremy Waldron. Isto, por evidente, não significa a negação dos diálogos institucionais ou da busca de uma melhor decisão, mas tão somente a crença de que esta resina na definição e no cumprimento das regras do jogo aprioristicamente definidas, deixando maior espaço para a política ordinária. Os diálogos são fundamentais, inevitáveis e desejáveis, ainda que eu não me filie a uma visão a partir da qual um Poder não legítimo possa se tornar legítimo posteriormente.

Assim sendo, é ilegítimo o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil. Tal conclusão, por diversas vezes “ensaiada” ou “insinuada” por uma série de autores e autoras, nunca antes foi consignada de forma direta em um trabalho jurídico. Neste sentido, penso ser uma relevante contribuição teórica da pesquisa para o campo do direito constitucional, cumprindo, ainda, o papel que – na introdução – me propus a exercer: o de questionar mesmo as mais consolidadas realidades, exercendo um papel crítico, indeferente e de fiscalização social da academia.

No entanto, como destaquei, não considero que esta seja a mais importante conclusão do trabalho, ainda que responda – de forma direta – a pergunta de pesquisa. Isto porque, do ponto de vista prático, sobretudo em um país em que o controle de emendas é consolidado, tanto a ilegitimidade *ex ante*, como a legitimidade questionável *ex post*, conduzirão a uma postura bastante semelhante: *a orientação de práticas que visem mitigar os déficits democráticos do controle de constitucionalidade*

de emendas. Sob esta ótica, mais relevante, do ponto de vista prático, do que definir se há ou não legitimidade na revisão judicial de emendas, é *desnaturalizar* esta prática como dada, acabada e vantajosa, entendendo que se trata de um controle perigoso do ponto de vista democrático, que deve ser gerido com parcimônia e seriedade por parte dos agentes jurídicos e políticos.

Como dispõe Joel Colón-Rios, o controle de constitucionalidade de emendas é – via de regra – mais democraticamente nocivo do benéfico, padecendo do já tratado problema da supremacia judicial: adjudica aos juízes a “última palavra” sobre o conteúdo da Constituição, por desconfiança de que nós mesmos não seríamos capazes de proferi-la. Isso se torna ainda mais nocivo quando o controle não está constitucionalmente previsto de forma expressa. No entanto, o próprio autor verifica que, assim como a maioria dos institutos do direito constitucional, ele não uma escolha institucional dotada apenas de malefícios, podendo se tornar uma ferramenta virtualmente interessante se adaptada a um formato mais participativo, dialógico, popular e democrático. Apesar, portanto, de ter uma resistência ao instituto, Joel Colón-Rios defende um controle de constitucionalidade de emendas que permita ao povo a possibilidade de opinar em alguma fase do conflito pode, em verdade qualificar o processo de decisão sobre reformas constitucionais.³³⁴

No caso brasileiro, em que o controle de emendas é uma realidade posta (ainda que pudesse, em tese, ser alterada até mesmo pelo próprio STF³³⁵), a melhor postura – seja para aqueles que adotam (como eu) a teoria da ilegitimidade *ex ante*, ou da legitimidade questionável *ex post* – parece ser a busca de medidas, reformas e ações que visem mitigar os apontados malefícios do controle, maximizando – na linha do que sugeriu Joel Colón-Rios – seus virtuais benefícios, que seriam – no cenário brasileiro (com suas vicissitudes jurídicas, sociais e históricas): a adição de uma etapa à rodada procedimental de deliberação sobre a constitucionalidade de emendas (o que poderia, eventualmente, qualificar o debate); a possibilidade de “desacelerar” o caminho de aprovação de emendas constitucionais claramente violadoras, em um cenário político de crise representativa congressual e distanciamento entre as elites políticas e o eleitorado (ainda que isso, em tese, dependeria da composição do STF

³³⁴ COLÓN-RÍOS, Joel I. *Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments. The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p 281.

³³⁵ Me refiro, aqui, à possibilidade de *overruling* (superação de um entendimento anterior).

e de uma série de variáveis conjunturais); a possibilidade eventual de proteção de minorias com sub-representação política (ainda que isso, também, dependesse de uma série de conjunturas); e a possibilidade de que o STF opine sobre uma série de temas versáteis apenas por meio de emenda, que estariam fora de seu escopo caso o controle fosse vedado, e que comumente integram a legislação ordinária em países com constituições mais suscintas.

No entanto, para que o controle de constitucionalidade de emendas consiga produzir mais resultados positivos como os citados, é fundamental lidar com o déficit de legitimidade que lhe é inerente, compreendendo a necessidade de lidar com ele de forma diversa do controle de constitucionalidade da legislação comum, seja por meio de reformas estruturais, seja por meio de alterações na própria prática dos agentes jurídicos e políticos. É fundamental, neste sentido, que sejam estimuladas práticas e reformas capazes de, de um lado, permitir que a decisão do controle judicial de emendas não seja tomada como definitiva e final (estímulo aos diálogos institucionais), e de outro que não seja uma decisão que suplante integralmente a vontade política majoritária (imposição de maiores ônus argumentativos e deliberativos para que a Corte venha a declarar a inconstitucionalidade de uma emenda).

Um primeiro conjunto relevante de mudanças seriam as institucionais estruturais. Estas poderiam passar, primeiramente, por um fortalecimento do controle político prévio da constitucionalidade de emendas constitucionais, empoderando – por exemplo – as minorias políticas nas CCJs para que o filtro de constitucionalidade lá fosse mais rigoroso, ou mesmo criando novas etapas de aferição específica de inconstitucionalidade no âmbito do Poder Legislativo, como enfaticamente tem defendido Letícia Kreuz e Gustavo Torres³³⁶. Isto aproximaria o debate da inconstitucionalidade de emendas do Poder Legislativo, reduzindo – ao menos em tese – o papel do Poder Judiciário. Ainda na linha de mudanças estruturais, poder-se-ia pensar na adoção da regra da supermaioria no quórum do STF, como sugere Jairo

³³⁶ TORRES, Gustavo Nascimento; KREUZ, Letícia Regina Camargo. O fortalecimento do controle político preventivo de emendas como alternativa à supremacia judicial no Brasil. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, v. 8, n. 1, p. 165-176, 2021.

Lima³³⁷; e em um passo mais adiante, mecanismos de participação democrática e popular no controle de emendas, a exemplo do caso colombiano.³³⁸

Um segundo conjunto de medidas diz respeito à prática dos agentes institucionais, e a capacidade que possuem de enrobustecer o controle de constitucionalidade de emendas em termos de democracia. A adoção dos diálogos institucionais é, certamente, a mais relevante destas posturas, notadamente porque fulmina – sem bem praticada – o fantasma da última palavra definitiva do Poder Judiciário sobre o conteúdo de emendas constitucionais. Da parte específica da postura do Poder Legislativo, um melhor uso das CCJs, se atendo – nas deliberações de constitucionalidade de proposta de emenda – de fato sobre a compatibilidade da PEC com as cláusulas pétreas, tomando para si uma responsabilidade real e substancial sobre a guarda da Constituição, seria muito relevante. Da parte específica da postura do Poder Judiciário, as melhorias passam pelo reconhecimento da relevância democrática de uma emenda constitucional – diferenciando-a da legislação comum -, aumentando o grau de deferência judicial nestes casos, optando por decisões colegiadas, valendo-se de maior ônus argumentativo e maior necessidade de consenso dentre os integrantes do STF, definindo de forma mais clara qual é o parâmetro de inconstitucionalidade de emendas, e de que forma ele se difere daquele utilizado para as leis ordinárias e atos normativos.

³³⁷ LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 188-190.

³³⁸ COLÓN-RÍOS, Joel I. Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments. **The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p 281.

6 REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We The People: Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1991.

AFTALIÓN, Enrique; VILANOVA, José. **Introducción al derecho**. Abeledo-Perrot, 1999.

ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **Yale Journal of International Law** 1, 2018.

_____. BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional change and Transformation in Latin America**. London: Hart Publishing, 2019.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. 1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente. *In*: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (orgs.). **A carta: para entender a Constituição brasileira**. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2019.

ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. **A teoria liberal do poder constituinte**: uma análise das críticas da comunidade jurídica às propostas de reforma excepcional da constituição. Curitiba: Ithala, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *In*: **Direito, Estado e Sociedade**. n.46, 2015.

ARRETCHE, Marta. Trinta anos da Constituição de 1988: razões para comemorar?. **Novos estud. CEBRAP**, Dez 2018, vol.37, no.3, 2018.

ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Judicial de Emendas Constitucionais**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2018.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo : Saraiva, 1996.

BELLAMY, Richard. **Political constitutionalism**: a republican defence of the constitutionality of democracy. United Kingdom: Cambridge University Press, 2007.

BENVINDO, Juliano Zaiden. The forgotten people in Brazilian constitutionalism: Revisiting behavior strategic analyses of regime transitions. **International Journal of Constitutional Law**, v. 15, n. 2, p. 332-357, 2017.

BÓ, Ígor Dal. **Os Limites das emendas constitucionais e a perspectiva do controle de constitucionalidade**. 2004, 59f. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 10, p. 1-44, 2007.

_____. **Direitos Fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital.. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CHUEIRI, Vera Karam de.; GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo , v. 6, n. 1, p. 159-174, 2010.

_____. Constituição radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, 58, p. 25-36, 2013.

COLÓN-RÍOS, Joel I. **Weak Constitutionalism**: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power. New York, Routledge, 2012.

_____. Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments. **The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

CONJUR. **Deputados federais ligados a Jair Bolsonaro querem revogar PEC da Bengala**, 16 de nov. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-16/deputados-ligados-jair-bolsonaro-revogar-pec-bengala>>. Acesso em: 01 de ago. de 2019.

_____. **Congresso promulga emenda e cria quatro tribunais regionais federais**, 06 de jun. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-06/congresso-promulga-emenda-cria-quatro-tribunais-regionais-federais>>. Acesso em: 18 de nov. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

DIXON, Rosalind. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 347, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Kindle version*. Martins Fontes, 2006.

EL HERR, Arthur Passos; PEGORIM, Ana Clara Pegorim; ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni; LIMA, Jairo Néia. *In: Emendas Constitucionais Inconstitucionais no Brasil*: aspectos teóricos e empíricos. Evento promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGD – UENP), 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TX5tJv2i3bE&ab_channel=PPGD-UENP>.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The Endurance of National Constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo**. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das 'cláusulas pétreas'. **Revista de Direito Administrativo**, 1995.

FOLHA DE S. PAULO. '**Julgamento político não é vale-tudo**', diz Virgílio Afonso da Silva, 17 de abr. 2016. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/julgamento-politico-nao-e-vale-tudo-diz-virgilio-afonso-da-silva>>. Acesso em: 15 de mar. 2022.

_____. **Bolsonaro quer aumentar número de ministros do Supremo**, 01 de jul. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-supremo.shtml>>. Acesso em: 01 de ago. de 2019.

GARGARELLA, Roberto. **La dificultad de defender el control judicial de las leyes**. Publicación: Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantess, 2005.

GIMÉNEZ, Francisca Pou; POZAS, Andrea. The Paradox of Mexico's Constitutional Hyper-Reformism Enabling Peaceful Transition while Blocking Democratic Consolidation. *In*: ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional change and Transformation in Latin America**. London: Hart Publishing, 2019.

GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 60, n. 3, p. 137-159, 2015.

_____. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 60, n. 3, p. 137-159, 2015

_____. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: UNB, 1984.

ISTO É. **Bolsonaro defende trabalho forçado para presos**. Disponível em: <<https://istoe.com.br/bolsonaro-defende-trabalho-forcado-para-presos/>>. Acesso em: 01 de ago. de 2019.

JOTA. **Liberdade para demitir, meios para resistir**, 09 de abr. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/liberdade-para-demitir-meios-para-resistir-09042020>>. Acesso em: 15 de mar. 2022.

KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequencia**. Florianópolis, 2015.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves**: Popular Constitutionalism and Judicial Review. Nova Iorque: Oxford University Press. 2004.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review** 189. 2013.

LIMA, Jairo Neia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMA, Gabriela Carneiro da A. B. **A tensão entre o Povo e as Cortes**: a escolha do constitucionalismo popular. 2014, 140 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Largo São Francisco. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LOEWESTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

LUTZ, Donald. Toward a Theory of Constitutional Amendment. **The American Political Science Review**, v. 88, n. 2, 1994.

MENDES, Conrado Hübner. Constitutions and Institutions: Justice, Identity and Reform. Judicial review of constitutional amendments in the Brazilian Supreme Court. **Florida Journal of International Law**, vol. 17, n. 3, p. 449-461, 2005.

_____. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 413.

MORAIS, Laio Correia. **O Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais**: como o STF lida com as cláusulas pétreas? Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2011.

NASCIMENTO, Lucas do. **O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Monografia de Graduação – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

O GLOBO. **Tendência no STF é não rever decisão do Congresso sobre impeachment**, 10 de abr. 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/tendencia-no-stf-nao-rever-decisao-do-congresso-sobre-impeachment-19053725>>. Acesso em: 20 de nov. 2019.

_____. **Em terceiro vídeo nas redes sociais, Temer rebate críticas de Fernando Haddad**, 09 de jun. de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/09/06/em-terceiro-video-nas-redes-sociais-temer-rebate-criticas-de-fernando-haddad.ghtml>>. Acesso em: 01 de ago. de 2019.

PEGORIM, Ana Clara Klein. **Mandados de Segurança no Emendamento Constitucional**: análise do controle de constitucionalidade preventivo. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2017.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Harvard Law Review, v. 108, 1994.

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

SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. The Judicial Review of Constitutional Amendments in Brazil, in ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden. **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart, 2019.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCOTTI, Valentina Rita. Constitutional amendments and constitutional core values: the Brazilian case in a comparative perspective. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 3, p. 59-76, 2018.

SIEYÈS, Joseph Emmanuel. **A constituinte burguesa**. Tradução de Norma Azevedo. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. Os pontos (obscuros) que norteiam a nova Reforma Previdenciário-Assistencial (PEC 6/2019). **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, v. 358, p. 213-217, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as Sereias e o Poder Constituinte Derivado. **Revista de Direito Administrativo**, nº 226, 2001.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. *in*: Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

_____. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, 2013

_____. *in*: VALOR ECONÔMICO. **A Emenda e o Supremo**, 03 de mai. 2013. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-emenda-e-o-supremo>>. Acesso em 05 de out. 2019.

_____. *in*: CONJUR. **Professor da USP fala sobre a PEC 33 e embate de poderes**, 13 de jul. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>>. Acesso em 05. de out. 2019.

_____. *in*: DW. **Quem decide, direta ou indiretamente, é sempre o povo**, 26 de mai. De 2017. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/samuel/47222/quem-decide-direta-ou-indiretamente-e-sempre-o-povo>>. Acesso: 01 de ago. 2019.

SULTANY, Nimer. State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. **Harvard Civil Rights Review**, v. 47, p. 371, 2012.

TORRES, Gustavo Nascimento; KREUZ, Letícia Regina Camargo. O fortalecimento do controle político preventivo de emendas como alternativa à supremacia judicial no Brasil. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, v. 8, n. 1, p. 165-176, 2021.

TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto**: como funcionam as instituições políticas. Editora FGV, 2014.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Nova Jersey: Princeton University, 1999.

_____. Weak courts, strong rights. In: **Weak Courts, Strong Rights**. Princeton University Press, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: RT, 1994.

_____. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. (et al.). **Resiliência constitucional**: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo: FGV Direito, 2013.

_____. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. *Kindle version*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____. BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 3, 2018.

WALDRON, Jeremy. A Right-based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, 1993.

_____. Law and Disagreement. Nova Iorque: **Oxford University**, 1999.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. v. 115, 2006.