

TRÊS DÉCADAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

ONDE E COMO O CONGRESSO NACIONAL
PROCUROU MODIFICAR A CONSTITUIÇÃO DE 1988

ORGANIZAÇÃO

Pablo Cerdeira

Fábio Vasconcellos

Rogerio Sganzerla

EDIÇÃO FGV Direito Rio



Obra Licenciada em Creative Commons

Atribuição – Uso Não Comercial – Não a Obras Derivadas

Impresso no Brasil

Fechamento da 1ª edição em dezembro de 2018

Este livro foi aprovado pelo Conselho Editorial da FGV Direito Rio, e consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

Coordenação ■ Rodrigo Vianna, Sérgio França e Thaís Mesquita

Projeto gráfico e capa ■ Antonio Valério

Diagramação ■ Antonio Valério

1ª revisão ■ Daniele Gullo

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
Mario Henrique Simonsen/FGV

Três décadas de reforma constitucional : onde e como o Congresso Nacional procurou modificar a constituição de 1988 / Organização Pablo Cerdeira, Fábio Vasconcellos, Rogerio Sganzerla. - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

528 p.

ISBN: 978-85-9597-031-1

1. Reforma constitucional. 2. Brasil. Congresso Nacional. 3. Brasil. [Constituição (1988)]. I. Cerdeira, Pablo de Camargo. II. Vasconcellos, Fábio. III. Sganzerla, Rogério Barros. IV. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD - 341.24

PARTE 2

PODER CONSTITUINTE E REFORMA DA CONSTITUIÇÃO: DENTRO, FORA E ALÉM DO ESTADO

Siddharta Legale

Sumário

Observações Gerais	69
Poder Constituinte Originário	71
Poder Constituinte Derivado	97
Poder Constituinte para além do Originário e do Derivado	121

Observações Gerais

As ECs integram o poder de reformar a Constituição. O tema se insere num debate clássico sobre o poder constituinte. É preciso, preliminarmente, esclarecer tanto a diferença entre um poder constituinte originário em relação ao poder constituinte derivado, quanto o debate sobre os limites ao poder de reforma e como ela dialoga com outras manifestações dentro, fora e em paralelo ao Estado.

O texto, por isso, será dividido em três partes. A primeira discorre sobre o poder constituinte originário, ou seja, sobre o poder de criar a Constituição. Apresenta-se o contexto original de sua formulação teórica na França no pensamento de Emmanuel Joseph Sieyès. O conceito será apresentado, mais precisamente, em relação às características e críticas atribuídas ao poder constituinte originário.

Na segunda, o foco é o poder constituinte derivado ou o poder propriamente dito de reformar ou revisar a Constituição. Esclarece-se uma mudança de um perfil nos limites à reforma constitucional antes e depois da segunda guerra mundial. Antes, predominavam nas Constituições limites temporais e formais, enquanto, depois, além desses, passaram a ser incluídos também limites circunstanciais e materiais ao poder de reforma. Observar essa modificação a partir de experiências constitucionais concretas – como a francesa, norte-americana e alemã – auxilia a compreender a progressiva sofisticação teórica sobre os limites ao poder de reforma. Nessa parte, é abordada, mais especificamente, a reforma constitucional e os seus limites na experiência constitucional brasileira. São sintetizadas as noções gerais sobre os limites circunstanciais, formais, materiais e temporais.

Por fim, na terceira parte, sistematizam-se outras formas contemporâneas não abrigadas na dicotomia clássica entre poder constituinte originário e derivado para além do Estado-nação: (i) dentro, que é o poder constituinte do estado-membro; (ii) fora do Estado, que é poder constituinte supranacional e internacional; e (iii) ao lado ou paralelo ao Estado, que é poder constituinte difuso.

Poder Constituinte Originário

Contexto e conceito

Utiliza-se tradicionalmente como ponto de partida na teoria do poder constituinte, originário pelo abade francês Emmanuel Joseph Sieyès, a obra *O que é o terceiro estado?* Se nos anos 1980 o livro era pouco lido no Brasil, como bem destaca o professor titular de direito constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), José Ribas Vieira, cerca de 30 anos depois da primeira edição brasileira, a qual ele prefaciou o tema, a obra se tornou uma espécie de senso comum da área.¹

O livro surge no contexto e é uma crítica à forma de organização dos Estados Gerais na França, pelo Rei Luís XVI, ao permitir a tributação, o que não ocorria desde 1614, já que a França atravessava uma profunda crise econômica e social. A obra questiona, mais precisamente, não só o aumento da taxação, mas o próprio poder real de fazê-lo, contando os votos em três estados: nobreza, clero e terceiro estado.

De uma perspectiva histórica, as teses de Sieyès contribuíram decisivamente para o Terceiro Estado declarar a própria legitimidade e instituir uma Assembleia Nacional com ou sem a presença das outras duas ordens, que eram “apenas duzentos mil indivíduos”.

Em 4 de agosto de 1789, essa Assembleia Nacional Decretou a igualdade fiscal e aboliu todos os tributos feudais, como os direitos fiscais eclesiásticos. Ainda em 26 de agosto de 1789, foi proclamado o documento básico da Revolução Francesa: a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. Diante da recusa de Luís XVI de sancionar os decretos, Sieyès defendeu que a nação possui uma autoridade anterior para estabelecer a ordem jurídica, traduzida na ideia de “poder constituinte originário”.

Nas fases posteriores, a participação de Sieyès na Revolução Francesa assumirá variações. No período do Terror, ele assume uma posição discreta em geral. A Constituição Francesa de 1791 decreta a igualdade jurídica plena com alguma pretensão social e direta. Eleito para Convenção de Departamento de Sarthe, ele votou pela morte de Luís XVI.

Na fase conversadora, a Constituição Francesa de 1795 restringe o conceito de igualdade como a lei igual para todos, bem como a noção de

1 VIEIRA, José Ribas. Prefácio. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce que le tiers état? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 15.

cidadania. O Executivo foi entregue a um diretório de cinco membros designados pelo Conselho dos quinhentos anciãos. Sieyès foi indicado. Ainda assim, apoiou o golpe de Estado de 18 de Brumário (9 de novembro de 1799), no qual Napoleão Bonaparte assumiu o controle militar de Paris. Os conselhos, sob a pressão do Exército, substituíram o Diretório por três cônsules, entre eles, Ducos, Bonaparte e o próprio Sieyès.

A Constituição de 1799 receberá muito da sua influência, embora, neste mesmo ano, ele tenha sido afastado do Consulado, tornando-se opositor de Napoleão e refugiado em Bruxelas. A Construção dessa nova ordem jurídica completa-se com a promulgação do Código Civil Napoleônico de 1804. Sieyès só retornaria a Paris após a Revolução, em 1830, e faleceria em 1836.

Suas ideias, portanto, são fundamentais para a introdução ao menos da igualdade formal na França e de uma gama de direitos de liberdade. Dentre as que suscitam mais debates críticos, estão as características do Poder Constituinte Originário. Até hoje, foram e vêm sendo objeto de aplicação por parte das instituições e alvo de diversas críticas no Direito Constitucional contemporâneo.

A obra surge em razão da convocatória dos Estados gerais de julho de 1788 aos franceses para apresentarem as suas ideias para a Assembleia. Foram editados, para tanto, cerca de quarenta mil “Cahiers de doléances”, entre os quais estava o que se tornou mais famoso na autoria de Sieyès: *Qu’est-ce que le tiers état?* Aqui, ele afirma, inicialmente, ser fundamental para a prosperidade e existência de uma Nação tanto os trabalhos particulares quanto as funções públicas. Mas sobre quem recai a maior parte desse trabalho? Justamente na Nação, no Terceiro Estado, naqueles submetidos a uma lei comum.

A estrutura do livro utiliza três perguntas com respostas simples e diretas:

“O que é o Terceiro Estado? Tudo.

O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada.

O que ele pede? Ser alguma coisa.”²

A simplicidade típica de um panfleto político fez a obra circular com milhares de cópias na França. Ela representou, do ponto de vista teórico, a

2 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu’est-ce que le tiers état? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 51.

combinação livre e criativa, possível e operacional, entre as ideias de Locke e Rousseau para defesa da Revolução Francesa. Em português, o livro foi traduzido como *A constituinte burguesa*.

O Terceiro Estado, na visão do Sieyès, é tudo na ordem social, uma nação completa. Conta-se aos milhões de pessoas. Já o primeiro e segundo Estado são contados aos milhares. Entretanto, o Terceiro Estado é um “tudo” que não recebeu a devida importância e espaço político. A explicação é que existiam mais duas classes (clero e nobreza) que eram privilegiadas. A partir do momento que o governo se transforma em patrimônio de determinada classe, não se pensa mais nas necessidades dos governados e, sim, na dos governantes.

Sem as classes privilegiadas, o Terceiro Estado, que é tudo, deixaria de ser um tudo oprimido e passaria a ser um tudo livre e florescente, ocupando seu espaço de tudo que abrange uma Nação. É impossível falar em uma Nação livre em que o Terceiro Estado não é livre. Sieyès defende, por isso, que o Terceiro Estado deve ser entendido como uma nação completa, um conjunto de cidadãos pertencentes a uma ordem comum. Os privilégios do primeiro e segundo Estado, ainda que instituídos por lei, fogem da ordem comum, constitui uma exceção à lei comum. Sieyès chega, até mesmo, a definir a Nação como aquela constituída por essa lei e uma representação do Terceiro Estado, da Nação.

Diferente de Rousseau, Sieyès vai além da mera necessidade de respeitar a “vontade geral” e elabora um “processo reflexivo significando um instrumento de limitação da estrutura representativa”.³ Nessa linha, Sieyès formula três petições que deveriam ser feitas para que a participação política do Terceiro Estado fosse eficaz e verdadeira.

A primeira é a necessidade de os representantes do Terceiro Estado serem escolhidos apenas entre os cidadãos que efetivamente pertençam a essa classe, ou seja, dentre aqueles não possuíssem nenhuma espécie de privilégio.⁴ A segunda é apontar a necessidade de que o número de depu-

3 VIEIRA, José Ribas. Prefácio. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce que le tiers état? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 17.

4 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce que le tiers état? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 65: “Que os representantes do terceiro estado sejam escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado.”

tados do Terceiro Estado fosse igual aos do clero e nobreza.⁵ Afinal, isso seria uma questão de justiça, tendo em vista o número total de eclesiásticos (cerca de 80 mil) e nobres (cerca de 110 mil) não chegar a 200 mil. Em contraste, o Terceiro Estado soma por volta de 26 milhões de pessoas, deixando evidente a existência de uma minoria privilegiada em detrimento do povo.

Por fim, a terceira é a necessidade de organizar os Estados Gerais para funcionar na lógica de uma Assembleia Nacional, na qual os votos sejam contados por cabeça e não por ordem.⁶ Em outras palavras, o voto deve ser oriundo de cada pessoa e não de uma das três classes sociais: clero, nobreza e Terceiro Estado.

Características e críticas

A parte final da obra de Sieyès é lida e apropriada pelos constitucionalistas contemporâneos para discorrer sobre as características do Poder Constituinte Originário. A distinção entre o poder constituinte e o poder constituído, criador da constituição *versus* criatura/instituições constituídas, irá colocar essas últimas sob os desígnios daquela. Esse poder constituinte originário terá quatro características essenciais:⁷ (i) inicial; (ii) ilimitado; (iii) incondicionado; e (iv) imprescritível.

Em primeiro lugar, o poder constituinte originário é *inicial*. Significa que o poder pretende inaugurar a ordem jurídica. É como se o que existisse antes fosse incompatível com a lógica atual. Nas palavras de Sieyès:

“Se precisamos de uma Constituição, devemos fazê-la. Só a Nação tem o direito de fazê-la.”⁸

5 Ibidem, p. 70: “Que seus deputados sejam em número igual ao da nobreza e do clero.”

6 Ibidem, p. 74: “Que os Estados Gerais não votem por ordens, mas por cabeças.”

7 Nesse sentido, vale conferir que destaca ainda (i) a titularidade na nação, que optamos por embutir na inicialidade para fins didáticos; e (ii) a superioridade da Constituição e da lei e do controle de constitucionalidade, que optamos por não listar aqui também por fins didáticos e por não ser um dos aspectos principais para discussão teórica do que é o **poder constituinte** originário no modelo francês e para o debate brasileiro. FERREIRA FILHO, Manoel. O poder constituinte. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 11-21. Caracterizando o poder constituinte como inicial, ilimitado, indivisível, incondicionado e permanente cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional**: história, teoria e métodos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 243 e ss.

8 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce que le tiers état? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 91.

“A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela, só existe o direito natural.”⁹

Em segundo lugar, o poder constituinte originário é *ilimitado*. O seu poder não se subordina aos limites anteriores, como, por exemplo, os privilégios da nobreza. O único limite que se admite, segundo o próprio Sieyès, é o Direito Natural. Segundo Sieyès:

“O poder só exerce um poder real enquanto é constitucional. Só é legal enquanto é fiel às leis que foram impostas. A vontade nacional, ao contrário, só precisa de sua realidade para ser sempre legal: ela é a origem de toda legalidade. Não só a nação não está submetida a uma Constituição, como ela não pode estar, ela não deve estar o que equivale a dizer que ela não está.”¹⁰

Em terceiro lugar, o poder constituinte originário é *incondicionado*. Não há uma maneira específica para que esse poder constituinte se manifeste. De acordo com Sieyès:

“Já que, para imaginar uma sociedade legítima, atribuímos às vontades individuais puramente naturais a potência oral de formar a associação, como nos negaríamos a reconhecer uma força semelhante em uma vontade comum, igualmente natural? Uma nação nunca sai do estado de natureza e, em meio a tantos perigos, todas as maneiras possíveis de expressar sua vontade nunca são demais. Repetindo, uma nação é independente de qualquer formalização positiva, basta que sua vontade apareça para que todo direito político cesse, como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito positivo.”¹¹

Para a teoria constitucional tradicional, essa manifestação do poder constituinte se revela por meio da outorga, da convenção ou da assembleia constituinte. Na outorga, o estabelecimento pela Constituição se dá pela

9 Ibidem, p. 94.

10 Ibidem, p. 95.

11 Ibidem, p. 96.

declaração unilateral do agente do Poder Constituinte, como ocorrido na Constituição de 1824 ou nos atos adicionais proferidos pela Junta militar e que retalharam a Constituição de 1946. Embora alguns autores, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cheguem a enquadrar a outorga como manifestação do poder constituinte originário,¹² é altamente questionável a existência de uma efetiva representação do povo ou da nação nesses atos e, portanto, uma manifestação sincera do poder constituinte originário.

Os modelos de Convenção ou Assembleia Nacional são legítimos e adequados para manifestação da vontade do povo/nação na medida em que haja necessariamente uma deliberação para aprovação de uma Constituição, como ocorreu na Convenção de Filadélfia norte-americana ou na Assembleia Nacional Francesa. Conceber a outorga de uma Constituição não é a forma apropriada para manifestação da vontade popular. Tal via parece ignorar as razões para as quais Sieyès formulou originalmente a proposta de fortalecer o terceiro estado.

Jon Elster, por exemplo, realiza um denso trabalho histórico e de direito comparado entre ambos os modelos: norte-americano, de convenção, e francês, de assembleia nacional, estabelecendo um paralelo interessante que pode ser apresentado de forma resumida no seguinte quadro:¹³

	EUA (1787) Convenção	França (1791) Assembleia Nacional
Titulares	Origem: Congresso continental com representantes escolhidos pelas legislaturas estaduais.	Origem: estados-gerais convocados pelo Rei Luís XVI, sem poderes para refutar credenciais.
Controles de direitos	Voto por maioria: um estado, um voto.	Rei falha em impor voto por classe. Terceiro Estado obtém voto por cabeça.
Procedimentos	Funcionou como constituinte exclusiva.	Funcionou também como Legislatura ordinária.
Ratificação	Legislaturas estaduais.	Decreto do 4 de agosto de 1789 que abole privilégios feudais. Rei se recusa e gera tensão.
Teóricos	Jay, Hamilton e Madison. Influência: David Hume.	Sieyès. Influência: Rousseau.

12 FERREIRA FILHO, Manoel. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 64 e ss.

13 Para uma comparação detalhada entre ambos os formatos, cf. ELSTER, Jon. Constitutional bootstrapping in Philadelphia and in Paris. **Cardozo Law Review**, n.14, 1992-1993, p. 549 e ss.

Em quarto lugar, o poder constituinte é *imprescritível ou permanente*. Essa ideia significa que não existe um prazo predeterminado para manifestação do poder constituinte, cujo esgotamento lhe retiraria a possibilidade de se expressar. Em outras palavras, o direito de o poder constituinte originário se manifestar não prescreve. Confira o trecho pertinente da obra *O que é o terceiro estado*:

“Os representantes ordinários de um povo estão encarregados de exercer, nas formas constitucionais, toda esta porção da vontade comum que é necessária para a manutenção de uma boa administração. Seu poder se limita aos assuntos do governo. Os representantes extraordinários terão um novo poder que a nação lhes dará como lhe aprouver. Como uma grande nação não pode, na realidade, se reunir todas as vezes que circunstâncias fora da ordem comum exigem, é preciso que ela confie a representantes extraordinários os poderes necessários, os poderes a essas ocasiões. Se ela pudesse se reunir diante de vocês e exprimir sua vontade, vocês ousariam contestá-la, porque ela faz isso de uma forma e não de outra? Aqui a realidade é tudo e a forma, nada.”¹⁴

“A nação pode sempre reformar sua Constituição. Sobretudo, ela não pode abster-se de reformulá-la, quando é contestada.”¹⁵

Em relação à imprescritibilidade, fica evidente a possibilidade de a nação “sempre” voltar a estruturar novamente a Constituição, bem como a divisão entre “representantes ordinários” e “extraordinários”. Note-se que a maneira com que isso foi defendido originalmente enseja uma percepção de que o poder constituinte primeiro se manifesta, depois expressa a vontade da nação, para criar os poderes constituídos e, por fim, retorna a uma espécie de estado de latência.

É importante destacar, ainda, que o fato de Sieyès não aprofundar uma teoria do poder constituído ou de reforma torna esse retorno à situação de latência ainda mais problemático. Para alguns, há um embrião dessa formulação em sua afirmação de que “Em cada parte a Constituição não

14 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce que le tiers état? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 97-98.

15 Ibidem, p. 99-100

é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação.”¹⁶

Para outros, como a professora Sayonara Grillo, a despeito dessa referência, inexistente a teoria da reforma na obra de Sieyès, pois a reforma se refere à possibilidade de superar a Constituição anterior e a delegação limitada deve ser compreendida a partir da fundamentação da ideia de representação, que está sendo objeto da fundamentação do autor.¹⁷

De fato, a obra emprega o termo “reforma” para designar a aprovação de uma nova Constituição. Não há uma teorização acabada sobre quais seriam os exatos limites do poder para reformar a Constituição criada. Logo, na teoria original de Sieyès, quando ele usa a expressão “poder constituinte”, o autor se refere apenas ao que compreendemos hoje como poder constituinte originário.

É possível apresentar também, para além da descrição do que existe e não existe na teoria original sobre o poder constituinte, algumas críticas contemporâneas a cada uma das características tradicionais do poder constituinte: (i) inicialidade; (ii) incondicionalidade; (iii) ilimitado; e (iv) imprescritibilidade.

Em primeiro lugar, o poder constituinte originário é visto como inicial, ou seja, em alguma medida, cria o próprio Estado moderno. Entretanto, atualmente os Estados já têm suas constituições, logo ele não pode ser considerado como um ato necessariamente inicial. Trata-se de um processo que varia de acordo com as experiências de cada país. José Ribas Vieira, por exemplo, questiona a “falsa totalidade” que o próprio conceito de nação encobre e, com ela, o próprio conflito que persiste mesmo dentro do Terceiro Estado.¹⁸

Em segundo lugar, a incondicionalidade é questionada a partir da experiência que repete uma Convenção exclusiva para aprovação da Constituição. Critica-se uma Assembleia que continuará como Congresso legislativo ordinário posteriormente, porque isso poderia facilitar a confusão entre o espaço da política cotidiana com a política constitucional. Embora inexista uma forma determinada previamente, na prática, Assembleia ou Convenção são os modelos escolhidos via de regra.

¹⁶ Ibidem, p. 94.

¹⁷ SILVA, Sayonara Grillo C. Leonardo. **Poder reformador**: insuficiência conceitual e experiências constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p.13.

¹⁸ VIEIRA, José Ribas. Prefácio. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu’est-ce que le tiers état? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 21.

Por exemplo, nos EUA, a forma com que a Constituição foi elaborada foi através da Convenção da Filadélfia, cujo objetivo era redigir um tratado de aliança, convertido numa Constituição destinada tão somente a pensar acerca da estrutura da Constituição dos Estados Unidos da América. Na França, por sua vez, vingou a proposta de Sieyès de uma Assembleia Nacional, representando a Nação por meio de funções legislativas ordinárias e não apenas modificando a estrutura constitucional.

O poder constituinte originário, em teoria, não comporta modelos pré-determinados rígidos, mas, na prática, essas duas (Convenção e Assembleia Constituinte) são as formas mais comuns de convocação desse poder. O debate contemporâneo, ainda assim, tende a superar a visão dicotômica e dogmática tradicional entre o modelo francês e o norte-americano, interessando-se menos pelas características intrínsecas do poder constituinte para perquirir mais a sua manifestação concreta a partir do grau de transparência, a forma de deliberação dentro da reunião e o debate público promovido com a sociedade pelo modelo adotado.

Jon Elster, por exemplo, vem estudando sistematicamente as experiências constituintes a partir do direito comparado.¹⁹ Sua pretensão é analisar um processo constituinte como uma gradação para que esse momento seja o mais deliberativo possível. Esse processo, para ser deflagrado, precisa de formas anteriores (referendo, plebiscito), a fim de engajar uma maior parte da população.

Além disso, defende o autor que o processo deve ser público, mas não só isso, deve pensar em forma de interação popular, de esclarecimento à população, notícias, entrevistas etc. que debatam o processo de forma compreensível.²⁰ Também devem haver formas de divulgação e ratificação que insiram essa vontade popular. Jon Elster defende que, para evitar que parlamentares capturem o processo constituinte para promover seus próprios interesses, devem ser implementados dispositivos de participação popular. É preciso gerar maior imparcialidade possível para que se realize uma política de Estado, e não a de uma facção política específica.

19 ELSTER, Jon. Clearing and Strengthening the Channels of Constitution Making. In: GINSBURG, Tom. **Comparative constitutional design**. Cambridge: University Press, 2012. p. 15-31.

20 ELSTER, Jon. Deliberation and Constitution making. In: ELSTER, Jon (Org.). **Deliberative democracy**. Cambridge University Press, 1998. ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. **Duke Law Journal**, vol. 45, n. 2, nov. 1995, p. 364-396.

Em terceiro lugar, o caráter ilimitado do poder constituinte originário é questionado a partir das suas próprias limitações. De um lado, o próprio Sieyès admite o direito natural como um Poder Constituinte Originário. Em um mundo secularizado, porém, não cabe recorrer a um limite não positivo ou metafísico para demarcação desses limites. Por outro lado, atualmente, os autores vêm defendendo limites por meio dos direitos humanos e pelas normas imperativas de direitos internacionais (*Jus cogens*). Em alguns casos, esses limites chegam a ser traçados por constituintes provisórias antes da aprovação da definitiva, como no caso da Constituição africana.

Em quarto lugar, a ideia da imprescritibilidade é questionada a partir da necessidade de o poder constituinte sair de cena, e permanente, em estado de latência. O foco, então, não é questionar a partir da possibilidade de o povo se manifestar a qualquer momento, mas, sim, seu estado posterior. Antônio Neri, por exemplo, questiona essa teoria que concebe o poder constituinte de forma transcendente, ou seja, aquele que cria a constituição e sai de cena, não estando no dia a dia da política.²¹ O autor propõe pensar de forma imanente o poder constituinte, afirmando que o povo não precisa sair na cena política, tornando a revolução permanente. Para isso, o poder constituinte deve ser pensado de maneira dinâmica.

Poder constituinte no Brasil: entre o originário e derivado

A história constitucional brasileira está na curva entre o poder constituinte originário e o derivado, bem como o movimento pendular oscila entre modelos mais e menos rígidos de alteração do texto da Constituição. Em linhas gerais, historicamente, as Constituições Brasileiras adotaram um modelo de mais flexibilidade para um mais rígido para, em seguida, passar desse modelo mais rígido para outro mais flexível.

De um lado, como veremos mais detalhadamente adiante, a Constituição de 1824 é flexível em temas não constitucionais, a Constituição de 1937 é flexível para as iniciativas do Presidente e a Constituição de 1967 é retalhada pelos atos institucionais da Junta Militar.

Por outro lado, a Constituição de 1891 possui certa rigidez para sua alteração. A Constituição de 1934 prevê uma maioria absoluta para a aprovação por

21 NEGRÍ, Antonio. **O poder constituinte**. Trad. Adriano Pilatti, Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 7-24.

duas votações, e a de 1946 prevê 2/3 para aprovação imediata. A rigidez é adotada de forma mais consistente na iniciativa, quórum e rito a partir da Constituição de 1988, como veremos de forma pormenorizada adiante. De todo modo, é muito perspicaz a conclusão de Oscar Vilhena a respeito. Confira-se:

“Interessante notar – mas também óbvio de se esperar – que a ampla flexibilidade constitucional foi preferida pelos regimes autoritários, tanto de Vargas como dos militares. Sem as amarras de uma Constituição rígida esses governantes estavam livres para moldar os textos constitucionais às suas necessidades discricionárias e arbitrarias.”²²

A *Carta de 1824* é produto da dissolução da Assembleia constituinte e da outorga por Dom Pedro I. Entender, porém, essa constituição como um produto da outorga é simplista e insuficiente. O decreto de convocação original foi redigido por Joaquim Gonçalves Ledo, um jornalista defensor de posturas mais liberais de caráter democrático ou radical. Ledo chegou a propor eleições diretas para a constituinte no Conselho de Procuradores em 3 de junho de 1822. A proposta de molde mais democrática, contudo, não só não passou, como foi seguida de decretos destinados a restringir a liberdade de imprensa.

Acabou prevalecendo o modelo de José Bonifácio para a constituinte. Adotou-se um perfil pragmático, liberal conservador, desconfiado dos princípios abstratos por conta da recente história de terror da Revolução Francesa e que almejava uma reconstrução do pacto social entre as elites e com a metrópole para construir uma moderna monarquia constitucional a partir de tendências patriarcais e patrimonialistas.²³

A Assembleia Nacional constituinte foi eleita em junho de 1822 e instalada em maio de 1823. Um exemplo muito representativo das divergências que se pretendiam conciliar e das discussões da época de sua instalação era se o Imperador deveria entrar descoberto, sem coroa, insígnias e cedro. Os constituintes pretendiam com esse simbolismo drenasse o caráter patrimonialista e absoluto em favor de uma proposta de monarquia constitucio-

22 VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 125.

23 RODRIGUES, Celso. **Assembleia constituinte de 1823**: ideias políticas na fundação do Império brasileiro. Curitiba: Juruá, 2004. p.53 e ss.

nal. O acordo que restou foi a condução das insígnias por oficiais a serem depositados na mesa à sua direita.

Durante toda a Assembleia, o grupo que a liderou politicamente, como Antônio Carlos Ribeiro de Andrada e Silva e Martim Francisco e Silva Lisboa, tentava adaptar ideias estrangeiras, tal como a representação da “vontade geral” de Rousseau, sem perder de vista a realidade brasileira. Para eles, isso significou levar em conta a aclamação do Imperador, a preservação da ordem sociopolítica dessa elite e a manutenção da integridade territorial.²⁴

Ilustrativo dessa tendência e contradição é o Voto de Graças à Sua Majestade, redigido por Antônio Carlos, no sentido de que “A assembleia confia que fará uma Constituição digna da nação brasiliana, digna de si mesma e do Imperador”. Em outras palavras, a constituinte de 1823 é produto de um acordo impreciso entre ideias liberais e conservadoras.

Em julho de 1823, ocorreu a saída de José Bonifácio e de Martim Francisco, respectivamente, da pasta da Fazenda do Império e dos Negócios do Império. Dom Pedro I indicou Nogueira da Gama e Carneiro Campos para ocuparem seus lugares. A Constituinte aprovou as respectivas licenças. A mudança foi feita em tom de normalidade. Dom Pedro chegou, posteriormente, a oferecer o título de Marquês a José Bonifácio de forma coerente com a sua visão de que a monarquia deveria ser mantida sem feições aristocráticas e em defesa de uma monarquia constitucional que convertesse súditos em cidadãos, fundada essa conversão na nacionalidade.

A substituição de Bonifácio por Carneiro Campos é representativa. Chegou a se pronunciar pela representação equânime nas monarquias constitucionais, dos representantes e do Chefe da Nação. O futuro Marquês de Caravelas subordinou todos os poderes à vontade geral, salvo o Poder monárquico, sob o fundamento de que foi o Príncipe que rompeu com os vínculos coloniais, dando origem a uma sociedade autônoma. O Príncipe, em sua visão, é anterior à sociedade e possui uma dimensão autônoma no pacto constitucional dotado de representação política. Defenderá, por isso, o poder moderador e as prerrogativas imperiais.²⁵

24 Ibidem, p.83-105.

25 RODRIGUES, Celso. **Assembleia constituinte de 1823**: ideias políticas na fundação do Império brasileiro. Curitiba: Juruá, 2004. p.120 e ss.

Em 20 de outubro de 1823, o Imperador recebeu “as leis enviadas pela assembleia constituinte”. De forma breve, e com tom irônico, denominou os trabalhos da constituinte de Leis. Ela é encerrada, pois a omissão quanto ao poder moderador acaba por deixá-lo insatisfeito com a conformação dos poderes pretendida. O Imperador nomeou o Conselho de Estado para elaboração do projeto da Constituição, o qual era composto por alguns deputados constituintes, como o próprio José Joaquim Carneiro Campos, futuro Marques de Caravelas. A Constituição de 1824, permeada por essa síntese contraditória entre modernidade e tradição, igualdade e patrimonialismo, emancipação política e construção de um Estado-nação foi, então, outorgada pelo Imperador.

Existem, até por isso, naturalmente, múltiplas leituras sobre essa Constituinte. José Honório Rodrigues defende que ela procurou conciliar liberalismo, escravidão e nacionalismo numa disputa entre o partido português e brasileiro. Francisco Adolfo de Varnhagen afirma a falta de ordem e método em seus trabalhos e, portanto, a sua precariedade. Uma posição intermediária foi defendida por Raymundo Faoro, que defende a independência como o produto circunstancial entre comerciantes lusitanos, burocratas reinóis e latifundiários paulistas, cariocas e mineiros. Nessa linha, também José Murilo de Carvalho define a independência e a própria constituinte como produto de uma atuação dessa elite relativamente homogênea treinada na Universidade de Coimbra.²⁶

Nesta Constituição de 1824, o Poder de Reforma Constitucional esteve previsto entre os arts. 174 a 178,²⁷ de acordo com o qual tudo que não tem natureza constitucional podia ser alterado sem a formalidade pela legisla-

26 Ibidem, p.18 e ss.

27 Constituição Política do Império do Brasil de 1824, Artigo 174 - Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se conhecer que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles. Artigo 175 - A proposição será lida por três vezes com intervalos de seis dias de uma a outra leitura; e depois da terceira, deliberará a Câmara dos Deputados se poderá ser admitida a discussão, seguindo-se tudo o mais, que é preciso para formação de uma Lei. Artigo 176 - Admitida a discussão, e vencida a necessidade da reforma do Artigo Constitucional, se expedirá Lei, que será sancionada e promulgada pelo Imperador em forma ordinária; e na qual se ordenará aos Eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura, que nas Procuções lhes confirmam especial faculdade para a pretendida alteração, ou reforma. Artigo 177 - Na seguinte Legislatura, e na primeira Sessão, será a matéria proposta, e discutida, e o que se vencer, prevalecerá para a mudança, ou adição à Lei fundamental; e juntando-se à Constituição será solenemente promulgada. Artigo 178 - É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuais dos Cidadãos. Tudo o que não é Constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.

tura ordinária. Tinha natureza constitucional temas relacionados aos Poderes públicos, direitos políticos, direitos individuais dos cidadãos. Emendar a Constituição fora desses temas não exigia quórum especial. Necessitava, porém, de aprovação em duas legislaturas, sendo que a primeira autorizava a seguinte, sendo que esta deveria obter autorização explícita do eleitorado. Vale destacar, ainda, que, nos moldes do art. 176, apenas a Câmara participava da segunda etapa. O Senado não participava.

Apesar dessa característica semirrígida ou semiflexível da Constituição do Império, muitas reformas de fato foram introduzidas pela legislação, como as eleições diretas pelo Conselheiro Saraiva, a descentralização política para as províncias pela Lei no 16 de 1834, a rearticulação pelo partido conservador pela Lei no 105 de 1840 e a criação do Conselho de Estado sob a Presidência do Imperador pela Lei no 234 de 1841.

A *Constituição de 1891* foi precedida pelo Decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889, redigido por Rui Barbosa, estabelecendo a República e a Federação. É um marco histórico que explica o final do império e o início da república por uma confluência de fatores, como a questão da guerra do Paraguai, o fortalecimento do Exército, a abolição da escravidão e dilemas envolvendo questões religiosas polêmicas. O movimento republicano que crescia desde 1870 também contribuiu para a promulgação da nova Constituição.

Há quem diga que Deodoro da Fonseca, insuflado pelos republicanos, havia se voltado contra esta Constituição. Contudo, em verdade, apenas era contra o chefe do Colégio de Ministros, o Visconde de Ouro Preto. A fragilidade do Império fez com que uma derrubada de Ministério gerasse a Proclamação da República.

A frase de Aristides Lobo, popularizada por José Murilo de Carvalho, tornou-se célebre:

“O povo assistiu a tudo bestializado, julgando ver talvez uma parada militar. Em outras palavras, a observação era que o povo não participou propriamente da proclamação da República. Seja como for, o novo regime despertou entre os excluídos certo entusiasmo quanto à participação, inclusive a tentativa de organizar um partido operário em 1890.”²⁸

28 CARVALHO, José Murilo. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a república que não foi. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1987.

A expectativa de maior participação, contudo, foi sistematicamente frustrada. De um lado, do ponto de vista formal, o próprio direito ao voto pressupunha ser alfabetizado. Com a imensa maioria da população sendo analfabeta, excluiu-se do processo político uma parcela até maior do que a clivagem realizada pelo voto censitário do Império que exigia um certo número de sacas de farinha de mandioca. Além disso, outra exclusão discriminatória na participação era a das mulheres.

José Murilo estima que a passagem da eleição indireta para a direta, nestes termos, reduziu de 10% para 2% a participação na eleição presidencial de 1894, por exemplo. Não bastasse a discriminação, a Constituição de 1891 retirou a obrigação do governo de fornecer instrução primária e socorros públicos que constavam no texto imperial.²⁹

Por outro lado, pôs-se fim ao poder moderador, ao Senado vitalício e ao Conselho de Estado, bem como se introduziu o federalismo. Era uma forma de buscar democratizar o poder. Ainda assim, na prática, o governo de Floriano Peixoto perseguiu intelectuais e causou dificuldades aos socialistas e jacobinos de se organizarem em partidos políticos. Até por isso, muitos intelectuais se refugiaram em postos decorativos da burocracia, como alguns do Itamaraty de Rio Branco.³⁰

Até por isso, nesse cenário, José Murilo de Carvalho explica que a reação aos excluídos do sistema era antes pragmática do que ideológica, organizando-se para participar da máquina governamental, como os militares, funcionalismo em geral e alguns setores da classe operária. Essa estratégia de exercer uma cidadania possível nesse cenário foi que o autor chamou de “estadania”.³¹ A própria participação eleitoral contava em larga medida com essa categoria.

O historiador, por exemplo, chega a exemplificar que, na paróquia de São Cristóvão, um bairro operário no Rio de Janeiro da época, cerca de 38% dos alistados eram funcionários públicos, sujeitos, portanto, a pressões de parte do governo. Chegava a afirmar que 80% da população não tinha direito à participação política e os outros 20% não se preocupavam em exercê-lo.

29 CARVALHO, José Murilo. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a república que não foi. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1987.

30 Ibidem, p. 9-10.

31 Ibidem, p. 65.

A afirmação da inexistência de um povo político ou de uma apatia política total dos fluminenses, nesse cenário, ainda assim, é exagerada. Houve alguma participação popular na Regência. Depois houve alguma agitação popular na Revolta do Vintém de 1880 com uma multidão de mais de 5 mil pessoas no centro da cidade do Rio de Janeiro. O movimento abolicionista desfrutou de amplos momentos de comícios, desfiles e manifestações na Câmara. O contexto social, política e econômico é mais complexo e exige a percepção de que, na prática, os cidadãos estavam mais atentos ao exercício do poder que lhe tocassem especificamente em aspectos da vida cotidiana.

É verdade que a participação popular especificamente na Proclamação de República deu-se um tanto quanto de improviso e com efeito cosmético de última hora. Contudo, seguiu-se depois essa participação, por exemplo, na Revolta da Armada de 1893, no atentado contra Prudente de Moraes em 1897 e, ainda, na conspiração contra o governo Campos Sales. O ponto culminante dessa expressão popular foi a Revolta contra a vacinação obrigatória, capitaneada por Oswaldo Cruz. As agitações do período se deram de forma fragmentada, inesperada e por motivos contraintuitivos, que hoje poderíamos julgar, se apreciarmos de forma descontextualizada, como fúteis.

Por isso, José Murilo concluiu que, em geral, havia uma consciência clara de que o real se escondia sob o formal na população. A população, em regra, tratava os acontecimentos com ironia e gozação. Só perdia o humor quando o governo tentava impor direta e literalmente a lei. Era quando o acordo tácito era quebrado, o poder violava o pacto ou uma espécie de “Constituição não escrita”. Nesses momentos, a revolta se manifestava contra a repressão e o arbítrio. Em outras palavras, “o povo sabia que o formal não era sério. Não havia caminhos de participação, a República não era para valer. Nessa perspectiva, o bestializado era quem levasse a política a sério, era o que se prestasse à manipulação”.³²

A política, portanto, aproximou-se mais de um jogo de azar, no qual o povo era esperto. Ele se relacionava com o governo com indiferença e pragmatismo. Indiferença à participação. Pragmatismo na busca por empregos e favores. A reação violenta destinava-se aos abusos. As lealdades construídas eram oriundas muito mais do persistente paternalismo monárquico do que do idealizado liberalismo republicano emergente.

32 Ibidem, p.160.

A cidade do Rio de Janeiro manteve as suas repúblicas a despeito dos impedimentos dela própria. As estruturas comunitárias do futebol, do samba, do Carnaval, das festas religiosas que deram vazão aos negros livres, imigrantes, trabalhadores e à classe média não se deixavam circunscrever à política. Ao mesmo tempo, a participação comunitária não se transformava plenamente em participação cívica. Inaugurou-se, na história política brasileira, a ideia de uma constituição rígida, inspirada em boa medida no artigo V da Constituição dos Estados Unidos.

Quanto ao procedimento de reforma da Constituição, é possível destacar a iniciativa, o quórum e o rito. A iniciativa, nos termos do seu art. 90, era de 1/4 de qualquer das Câmaras do Congresso ou de 2/3 dos Estados por maioria dos votos de sua Assembleia. O quórum de votação era de 2/3 dos parlamentares de ambas as Casas. O rito de tramitação ocorre em dois anos. Nesse período, era preciso obter esses 2/3 para apresentação das propostas. No ano seguinte, os mesmos 2/3 deveriam ser obtidos após três discussões.

A Constituição de 1891, no § 4º do art. 90, vedou a abolição da forma republicana federativa ou a igualdade da representação dos Estados no Senado. As limitações materiais ao poder de reforma são introduzidas, ainda que desprovidas de uma teorização acabada. Prova disso é o uso abusivo da intervenção federal no período e as restrições ao *habeas corpus*, que é uma importante garantia à liberdade de ir e vir, que limita as possibilidades de reforma.

Não obstante, a única emenda dos cerca de 40 anos da Constituição de 1891 foi a Emenda de 1926. Ela chegou a reduzir o cabimento do *habeas corpus* para hipóteses que não envolvessem a liberdade de ir e vir, pondo fim, de certo modo, à doutrina brasileira do *habeas corpus*. Chegou a ser questionada no STF (*Habeas corpus* no 18.178), porque se contou os 2/3 dos presentes e não do total. Contudo, o STF manteve a validade da emenda, não reconhecendo a inconstitucionalidade.

A Constituição, porém, não resistiu à investida antiliberal contra ela nas décadas seguintes. No plano internacional, deu-se a ascensão do comunismo na Rússia, do nazismo na Alemanha, do fascismo na Itália. No plano interno, as crises políticas abriram o caminho para Getúlio Vargas, que,

por meio do Decreto no 19.938 de 1930, suspendeu a Constituição de 1891 e instituiu um governo provisório concentrando funções dos três poderes até a eleição da constituinte.

Getúlio Vargas foi eleito Deputado Federal em 1922 para completar o mandato de um Deputado que falecera. Em 1926, apoiou a referida Revisão Constitucional, proposta por Arthur Bernardes. Neste mesmo ano, a sucessão presidencial deu-se de forma tranquila em São Paulo e Minas Gerais, apoiando Washington Luís. Getúlio tornou-se Ministro da Fazenda, introduzindo o retorno ao padrão ouro e criando um fundo de estabilização da moeda. A passagem pela Administração Federal, porém, foi breve. Retornou e foi eleito, em 1927, com apoio de Borges de Medeiros, a Presidente do Rio Grande, onde tomou medidas para combater a fraude eleitoral, realizou uma reforma tributária, saneou as contas públicas e criou um Banco do Estado do Rio Grande do Sul.

Em paralelo, Washington Luís, então Presidente da República, insistiu em indicar um paulista, Júlio Prestes, à Presidência para as eleições de 1930, rompendo o revezamento da política do café-com-leite. O então Presidente de Minas Gerais, Antonio Carlos Ribeiro de Andrada, acena com a possibilidade de indicar um gaúcho. Forma-se, a partir daí, uma Aliança liberal entre Minas, Rio Grande e Paraíba, indicando Getúlio Vargas à Presidência e João Pessoa à Vice-Presidência. Os comícios da Aliança superaram as expectativas em muitas cidades.

Contudo, em uma eleição permeada por fraudes de ambos os lados, venceu Júlio Prestes, candidato do Presidente Washington Luís, com 1,1 milhão de votos contra 737 mil votos, segundo os dados oficiais, o que significou a maior comparecimento eleitoral da história republicana, até então com 5,7% da população do país. Getúlio afirmou que considerava inútil continuar a lutar. Borges de Medeiros fez o mesmo.

Porém, com o assassinato de João Pessoa em Recife, um crime que não tinha conotações políticas acabou sendo instrumentalizado para nessa direção. Getúlio, então na Presidência do Rio Grande, passa a conspirar de forma dissimulada para articulação revolucionária. A Revolução estoura em outubro de 1930 em Porto Alegre e Belo Horizonte. Getúlio instala-se no quartel general em Ponta Grossa, esperando uma batalha em Itararé, na

divisa entre Paraná e São Paulo. A batalha não aconteceu. Em seguida, a cúpula militar depôs Washington Luís e abriu caminho para Getúlio assumir a Presidência. Em traços de revanchismo e referência militar, Getúlio anota em 20 de novembro em seu diário:

“Em vez de o Sr. Júlio Prestes sair dos Campos Elísios para ocupar o Catete, entre as cerimônias oficiais e o cortejo dos bajuladores, eu entrei de botas e esporas nos Campos Elísios, onde acampeei como soldado, para vir no outro dia tomar posse do governo no Catete, com poderes ditatoriais”³³

Getúlio assume o poder, após um cenário de Crise mundial decorrente da quebra da bolsa de Nova York em 1929, e de profunda queda do preço do café. Passou então a realizar cortes no orçamento, no funcionalismo público, renegociou e redimensionou a dívida externa brasileira até 1934 e publicou, em 1931, o Código dos Interventores, aumentando o controle dos Estados pela União. Em outras palavras, centralizou o poder, calcado na ideologia positivista oriunda do partido PRR de onde se originava. Dissolveu o Congresso e os legislativos estaduais e municipais. Criou dois Ministérios: o do Trabalho, Indústria e Comércio, bem como o da Educação e Saúde Pública.

Para isso, assumiu um discurso nacionalista sem anti-imperialismo, defendendo a nacionalização do minério de ferro e da produção de energia pelas quedas d'água. Também centralizou as decisões políticas sobre o Café, retirando do controle do Estado de São Paulo. Criou, para tanto, o Conselho Nacional do Café e, depois, o Departamento Nacional do Café com representantes dos Estado produtores e diretores nomeados pelo Ministro da Fazenda.

Ainda em 1931, promulgou o Código Eleitoral, conferindo o voto às mulheres e criando um órgão no poder Judiciário para fiscalizar as eleições. No dia seguinte à promulgação, um grupo de tenentes atacou o *Diário Carioca*, um jornal de oposição ao governo. O Presidente colocou panos quentes e Ministros importantes renunciaram, como Lindolfo Collor e Assis Brasil. Vargas criticava o crescente inconformismo dos constitucionalistas, afirmando que o retorno a autonomia não poderia significar um retorno ao passado e um retrocesso na construção desse novo Brasil a partir de um projeto nacional.

33 FAUSTO, Boris. **Getúlio Vargas**: o poder e o sorriso. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 41.

Em 1932, chegou a nomear um novo interventor para São Paulo, o embaixador Pedro Toledo, na esperança de que se comportaria como uma marionete. Chegou a marcar eleições gerais para março de 1933 para a Assembleia Nacional constituinte. O interventor, porém, aderiu à Revolução de 1932, que uniu diferentes setores sociais, a cafeicultura paulista, a classe média e industriais em luta pela constitucionalização do país com pautas, como a autonomia de São Paulo. O confronto durou três meses. Militarmente, Getúlio venceu os revolucionários paulistas.

Apesar da vitória militar, essa foi parcial. Do ponto de vista moral, os paulistas venceram, já que a constitucionalização do país se tornou um imperativo. Gerou, portanto, efeitos contraditórios: de um lado, a elite paulista não conseguiria derrubar o poder de Getúlio e, de outro, o próprio Presidente não cooptaria a elite paulista por outros meios, como uma forma de refrear os ressentimentos. Essas contradições de ambos os lados deveriam ser equacionadas na constituinte de 1933. Os trabalhos duraram cerca de 8 meses, culminando na promulgação da Constituição de 1934.

A *Constituição de 1934* inspirou-se na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. De um lado, novos títulos e capítulos são introduzidos e dedicados à ordem econômica e social; à família, educação e cultura; e à segurança nacional. São positivados direitos trabalhistas, como o salário mínimo, o descanso semanal, a igualdade entre homens e mulheres, e sobre a organização sindical.

Por outro lado, quanto a organização dos poderes, passa a se pensar a partir de uma lógica corporativista: o próprio Estado a partir da representação classista. No Judiciário, é criada a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho. Essa última era composta por Tribunais do Trabalho e Comissões de Conciliação, compostas, de acordo com o art. 122, de metade indicada por representantes das associações de trabalhadores e a outra dos empregadores, sendo o Presidente nomeado pelo governo.

No Legislativo, esse corporativismo se fazia presente no art. 23, prevendo que 1/5 da Câmara seria composta por representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma da lei mediante o sistema de sufrágio

direto, igual e universal.³⁴ Assim, dos 240 Deputados eleitos pelo povo, 40 eram representantes classistas dos empregados (18), dos empregadores (17), dos profissionais liberais (3) e dos funcionários públicos (2).

A Constituinte ocorreu em 1933 e aprovou a Constituição, alterando o regime de reforma anterior. Em primeiro lugar, diferenciou revisão de emenda. A revisão pressupunha a alteração da estrutura política do Estado, a organização ou competência dos poderes soberanos. O seu produto seria anexado ao final da Constituição. Já as emendas, por sua vez, possuíam dois caminhos possíveis: (i) decorriam da aprovação por maioria absoluta da Câmara Federal e do Senado em dois anos seguidos; e (ii) aprovação imediata caso obtivesse 2/3 nas duas Casas. Outra novidade foi o art. 178, § 4º, que, além de vedar a abolição da forma republicana e federativa, proibiu a reforma da Constituição durante o Estado de Sítio, tal como havia ocorrido para Emenda de 1926.

Seu prazo de vigência, no entanto, durou apenas três anos. A *Constituição de 1937* resultou de um golpe de Getúlio Vargas por conta de sua insatisfação com o fato de a Constituição de 1934 vedar, em seu art. 52, a reeleição do Presidente. O pretexto utilizado por Vargas, porém, foi impedir uma “revolta comunista”, conhecida como Plano Cohen. Três emendas conferiram a ele poderes excepcionais para manutenção da ordem, criando inclusive um Tribunal da Segurança Nacional.

Com apoio das forças armadas, Vargas cerca o Congresso e outorga a Constituição do Estado Novo, redigida por Francisco Campos.³⁵ O art. 187 chegava a prever um plebiscito para sua entrada em vigor. Há quem diga que o fato de o plebiscito jamais ter ocorrido deixara suspensa a Constituição durante o Estado de Emergência, com base nos arts. 168 a 170. Essa Constituição de 1937 não teria, segundo os críticos, sequer vigorado. Para além do ponto de vista jurídico, costuma-se qualificar essa constituição como uma constituição de fachada.

34 Existem pelo menos três correntes quanto a representação profissional na Constituição de 1934 na própria constituinte: favoráveis (Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha), contrárias (Agenor de Roure, Prudente de Moraes Filho, Carlos Maximiliano e Arthur Ribeiro) e a que pretende reduzir a uma função consultiva (Oliveira Vianna, Antonio Carlos). Cf. TAVARES, Ana Lucia de Lyra. **A constituinte de 1934 e a representação profissional**. Rio de Janeiro: Forente, 1988. p. 61-83.

35 CAMPOS, Francisco. **O estado nacional**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1940. p. 1-68.

A reforma da Constituição previa dois procedimentos diferentes. No primeiro, o Presidente apresentava a proposta de emenda e bastava maioria ordinária na Câmara dos Deputados e do Conselho Federal. No segundo, o projeto emanava da própria Câmara dos Deputados, tendo o quórum de maioria absoluta dos membros. Curiosamente, a República e a Federação deixaram de constituir limites ao poder de reforma. Com o fim da segunda Guerra Mundial e o apoio de Vargas aos aliados, a contradição presidencial no plano interno e externo teve consequências.

A *Constituição de 1946* foi antecedida pela deposição de Vargas em 29 de outubro de 1945 e pela Lei no 16 de 30 de novembro do mesmo ano. A referida lei pôs fim ao Estado de Emergência decretado por Vargas. O Presidente do STF, José Linhares, convocou o Congresso Nacional a reunir-se em Assembleia Nacional Constituinte.

O processo de reforma retoma a lógica da Constituição de 1934, de maioria absoluta com limitações temporais de um lado e, de outro, a exigência do quórum de 2/3 para aprovação imediata. Além disso, é retomada a proteção da República e da Federação. A Constituição sofreu apenas seis emendas até 1964. A duas que obtiveram maior notoriedade histórica foram a de nº 4, que instituiu o parlamentarismo com objetivo de limitar os poderes de João Goulart diante da renúncia de Jânio Quadros, e a de nº 6, que reestabeleceu o Presidencialismo.³⁶ Entre 1964 e 1967, foram aprovadas as Emendas de nº 7 até a nº 21, retalhando a Constituição de 1946.

A *Carta de 1967* manteve, formalmente, os dispositivos relacionados à reforma constitucional. Permaneceu a exigência, no art. 51, de maioria absoluta, embora tenha suprimido mecanismos de lapso temporal entre uma e outra votação. Conservou, ainda, a proteção especial à República e à Federação. Na prática, porém, a Junta Militar retalhou seu conteúdo com base nos atos institucionais, notadamente por meio do Ato institucional nº 5.

Os atos institucionais proclamavam a Revolução vitoriosa como poder constituinte, cuja legitimidade derivava dela própria. Revolução, porém, não é

36 À época, levantou-se um debate pela impossibilidade de, mediante reforma constitucional, se substituir o presidencialismo pelo parlamentarismo, porque haveria um limite material implícito ao poder de reforma. Nesse sentido, Afonso Arinos de Melo Franco e João Mangabeira, resgatando as lições de Ruy Barbosa. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 41.

poder constituinte. Poder Executivo, sobretudo, que fecha o congresso, não é, nem pode ser, poder constituinte. Ato institucional não é Constituição.³⁷

Posteriormente, a Junta Militar chega a aprovar a *EC nº 1 de 1969*,³⁸ que promoveu uma reforma total e, de fato, substituiu por uma nova, a Carta de 1969. O quórum para reforma de maioria absoluta foi mantido até 1982, quando se aprovou a EC no 22 de 1982, reestabelecendo a exigência de 2/3 dos parlamentares de ambas as Casas. Politicamente, a emenda se explica pelo fato de a oposição à ditadura ter ampliado as cadeiras no Congresso.

Foram mantidos os limites à reforma, referentes à impossibilidade de suprimir à República e à Federação, presentes nos art. 47, § 1º, e de emendar a Constituição na vigência de Estado de Sítio, do art. 47, § 2º. Um caso interessante à época foi a proposta de emenda para ampliação do mandato de 2 para 4 anos. Um parlamentar questionou por meio de Mandado de Segurança que a PEC tendia a abolir cláusula pétreia. O STF decidiu pela constitucionalidade da PEC e pela possibilidade de a Corte realizar esse controle difuso e prévio de constitucionalidade para proteção dos limites ao poder de reforma.

Retomamos o regime democrático somente com a *Constituição 1988*, oriunda de uma Assembleia Nacional Constituinte que teve um longo caminho para sua existência. Desde o movimento “Diretas Já”, passando pela proposta frustrada da OAB de Raymundo Faoro³⁹ de uma constituinte exclusiva, até chegar ao modelo convocado pela Emenda no 26. Faoro chega a criticar esse modelo de Congresso Constituinte como uma “Constituinte entre aspas”, já que o poder constituinte acabou subalterno a um Congres-

37 SILVA, José Afonso da. **Limitações ao poder de reforma constitucional**. Revista Forense, vol. 259, 1977, p.73

38 Há um intenso debate em torno da Emenda nº 1, outorgada em 17 de outubro de 1969. Politicamente, o Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, já previa no seu art. 4º que a eleição do Presidente e Vice-Presidente seria feita pelos membros do Congresso Nacional, de forma indireta. Nesses termos, ao se sobrepor substancialmente a Constituição de 1967, tornou-se uma nova Constituição, adaptando em si os vários atos institucionais e complementares. Contudo, no meio jurídico, não se figura esse consenso de uma Constituição autônoma, tendo em vista que não houve uma revogação formal da Carta de 1967 e a própria Emenda nº 1 afirma, no seu art. 1º, que “A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação”. Independente disso, para fins metodológicos e simplificação da análise, será considerada que a Emenda nº 1 de 1969 é uma nova Constituição. Tal afirmação não significa uma associação a qualquer corrente de pensamento, mas somente uma posição para fins organizacionais e estruturais da pesquisa.

39 FAORO, Raymundo. **Assembleia nacional constituinte à legitimidade recuperada**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

so.⁴⁰ A despeito das controvérsias, se foi efetivamente uma obra do poder constituinte originário ou se decorreu de um poder de reforma, fato é que, depois da sua instalação, a Assembleia Nacional Constituinte contou com ampla participação popular, especialmente nas subcomissões.

Seu texto prevê duas formas de reformar a Constituição: a revisão e a emenda. A Revisão Constitucional foi um momento particular no qual o constituinte originário autorizou a adoção de procedimento simplificado de alteração do texto constitucional em 1993. O art. 3º do ADCT previa essa revisão, a ser realizada após 5 anos contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso, em sessão unicameral.

Tal revisão aconteceria logo após a escolha por plebiscito da forma de governo - monarquia ou república - e o sistema de governo - presidencialismo ou parlamentarismo. Nesse contexto, a simplificação do procedimento de reforma se prestaria para facilitar a harmonização do texto constitucional após a decisão popular. O partido PRONA chegou a ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade contra o artigo da EC no 2 que, em seu único artigo, antecipava a data do plebiscito. O STF, contudo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no 829, entendeu que a data do plebiscito, prevista no art. 2 do ADCT, não veiculava um limite ao poder de reforma, razão pela qual poderia ser alterada.

40 FAORO, Raymundo. Constituinte entre aspas (03/07/1985). In: **A república em transição**. São Paulo: FGV Direito Rio, Editora Record, 2018. p.141

Poder Constituinte Derivado

Conceito e contexto geral

São nomes diferentes para designar o mesmo fenômeno: poder constituinte constituído (Agesta), poder constituinte derivado (Pelayo), poder constituinte instituído (Georges Burdeau), poder constituinte de revisão, poder constituinte de segundo grau (Pontes de Miranda) ou poder de reforma constitucional (Nelson de Sousa Sampaio).⁴¹

Esse poder é “criado” pelo originário, sendo, portanto, limitado por este. Em outras palavras, a Constituição trará dispositivos limitando o que o Congresso Nacional pode ou não propor ou deliberar. Mais precisamente, trará a previsão de quais dispositivos constitucionais podem ser alterados e quais não podem ser. Nas palavras de Nelson de Sousa Sampaio, “o poder reformador (é) como uma competência intermediária entre o poder constituinte e o legislativo ordinário”.⁴²

O contexto geral da construção da doutrina dessa espécie do poder constituinte até hoje permite traçar dois grandes momentos na teoria constitucional: (i) existência preponderante de limites procedimentais e temporais; e (ii) a introdução de limites materiais e circunstanciais, o que progressivamente foi ocorrendo de forma mais clara e menos contraditória que no momento anterior. Entre um momento e outro, parece estar o pós-guerra.

Num primeiro momento, até 1945, eram extremamente raras cláusulas pétreas, ou não estavam claros os limites e sentidos das cláusulas pétreas propriamente ditas ou limites materiais a essa reforma. A possibilidade de reformar a Constituição pressupunha tão somente o respeito às regras de procedimento para realizar a modificação do texto constitucional.

É claro que, em alguma medida, sempre existiram alguns conteúdos que o constituinte originário pretendia retirar da possibilidade de decisão ou escolha do poder constituinte de reforma, como, por exemplo, a igualdade de representação dos Estados e a forma republicana de governo, previstas nos arts. V e IV, da Constituição dos Estados Unidos de 1787. Porém,

41 Na tradição constitucional brasileira, não havia originalmente uma diferença entre revisão e reforma. Aos poucos, porém, restou consagrada o termo reforma como gênero que abriga emenda e revisão, de modo que esta última acabou por se referir a uma espécie de reforma com características próprias que foi aquela que ocorreu em 1993.

42 SAMPAIO, Nelson de Sousa. **Poder de reforma constitucional**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1954. p. 42.

não havia ocorrido uma teorização consistente e uma tomada de consciência em relação a esses limites até esse momento histórico.

No segundo momento, a partir do pós-guerra em especial, foram introduzidas mais sistematicamente nas Constituições as cláusulas de intangibilidade, cláusulas pétreas ou, como denomina pelo professor Oscar Vilhena, cláusulas “supraconstitucionais” ou de “reserva de justiça”.⁴³ É a partir desse momento que a sua presença nas constituições se tornou uma prática generalizada.⁴⁴

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, por exemplo, prevê, em seu art. 79,⁴⁵ que é “inadmissível” se afetar à federação, à cooperação entre os estados ou aos princípios consagrados nos arts. 1 a 20, que tratam da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. Passou a se perceber que tais limites configuravam exigências para manutenção da própria constituição e da democracia a partir de premissas laicas e não apoiadas no direito natural ou no jusnaturalismo.

Poder Constituinte Derivado no direito estrangeiro

O poder constituinte derivado ou o poder de reforma não estava plenamente desenvolvido na teoria original de Sieyès. Esse desenvolvimento decorrerá de um processo histórico constitucional de cada experiência particular, como poderemos verificar brevemente na França, Estados Unidos da América e, em especial, na Alemanha.

França

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 costuma ser vista como uma genuína Constituição que vincula os legisladores constituintes futuros, não podendo, segundo alguns autores, ser revo-

43 VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 222-248.

44 BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 42.

45 Lei Fundamental de Bonn de 1949, Artigo 79 [Alteração da Lei Fundamental]. (3) Uma modificação desta Lei Fundamental é inadmissível se afetar a divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados na legislação ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20.

gadas por eles.⁴⁶ A Constituição Francesa de 1791 previa a exigência de três legislaturas, desejando a reforma, e uma quarta elegendo a Assembleia de revisão que aprovaria leis constitucionais.⁴⁷ A Constituição de 1799 (Frimário) não possuirá um processo de revisão/reforma. Na tradição francesa, a ausência de uma teorização sobre o poder de reforma terá reflexos práticos, já que discordâncias teriam que ser sanadas por meio de novas constituições.

A Constituição de 1802 (Terminor) também padecerá da ausência de processo de revisão/reforma. Seu art. 2º previa que o povo francês nomeasse e o Senador proclamasse Napoleão Bonaparte Primeiro Cônsul Vitalício. A Constituição de 1804 também não previa processo de reforma e revisão e nomeava, em seu artigo, Napoleão Bonaparte, o Primeiro Cônsul da República, como Imperador da França. Mesmo após a restauração em 1814, a reforma permaneceu ausente. O procedimento de reforma só retorna na Constituição de 1848, no art. 111, apenas com cuidados ou limites procedimentais.⁴⁸

A Constituição de 1946 permitia inclusive a reconsideração de uma lei que implicasse emenda à Constituição.⁴⁹ Vedava a emenda no caso de

46 SAMPAIO, Nelson de Sousa. Poder de reforma constitucional. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1954. p. 49.

47 Constituição Francesa de 1791, Art. 1. A Assembleia Nacional Constituinte declara que a Nação tem o direito imprescritível de mudar sua Constituição; e, no entanto, considerando que é mais de acordo com o interesse nacional usar apenas, pelos meios adotados na própria Constituição, o direito de reformar artigos cuja experiência teria feito os inconvenientes sentidos, decreta que será realizado por uma Assembleia de Revisão da seguinte forma: (...) Art. 7. Os membros da Assembleia de Revisão, depois de pronunciar juntos o juramento de viver livre ou morrer, individualmente emprestá-lo para apenas aprovar os itens que foram apresentados pelo desejo uniforme das três legislaturas anteriores; manter, ademais, com todo seu poder a Constituição do reino, decretada pela Assembleia Nacional Constituinte, nos anos 1789, 1790 e 1791, e estar em todos os fiéis à Nação, à lei e ao rei. Nenhum dos poderes estabelecidos pela Constituição tem o direito de alterá-la em sua totalidade ou em suas partes, exceto as reformas que podem ser feitas a título de revisão, de acordo com as disposições do Título VII acima.

48 Constituição de 1848, Art. 111. Quando, **no último ano de uma legislatura, a Assembleia Nacional tiver manifestado o desejo de que a Constituição seja modificada**, no todo ou em parte, esta revisão será realizada da seguinte forma: O desejo manifestado pela Assembleia só será convertida em **uma resolução final após três deliberações consecutivas, cada uma tomada em intervalos de um mês e três quartos dos votos expressos**. O número de eleitores deve ser de pelo menos quinhentos. A Assembleia de Revisão só será nomeada por três meses. Só terá que lidar com a revisão para a qual foi convocada. No entanto, poderá, em caso de urgência, fornecer as necessidades legislativas. (Grifo nosso.)

49 Constituição de 1946, Art. 93. Uma lei que, na opinião do Comitê, implica em emenda da Constituição, será enviada de volta à Assembleia Nacional para reconsideração. Se o Parlamento aderir à sua votação original, a lei não poderá ser promulgada até que a Constituição tenha sido alterada de acordo com o procedimento estabelecido no art. 90. Se a lei for julgada em conformidade com o disposto nos Títulos I a X da presente Constituição, ela deverá ser promulgada dentro do prazo estipulado no art. 36, sendo o referido período prorrogado pelo acréscimo dos prazos especificados no art. 92 acima.

ocupação no todo ou em parte do território,⁵⁰ bem como aquela que vise alterar a forma republicana.⁵¹ Esse limite de conteúdo, porém, chegou a ser qualificado por Burdeau como sem valor jurídico e sem força obrigatória para os constituintes futuros.⁵²

Na Constituição de 1956, a reforma da constitucional (projeto de revisão) previa leitura do projeto, prazo de intervalo entre as reuniões e vedações de adoção do processo acelerado.⁵³ Havia limites procedimentais, relacionados à iniciativa e quórum, mas em que também se vedava a revisão em momentos de prejuízo à integridade do território (limite circunstancial). Vedava-se também a revisão da forma republicada de governo (limite material).⁵⁴

Note-se que, neste segundo momento após a Segunda Guerra Mundial, as constituições passaram a prever expressamente, além dos limites procedimentais e temporais, também limites materiais e circunstanciais. Em paralelo à positivação de conteúdos que limitavam a atividade, a literatura especializada e o judiciário desenvolveu limites implícitos e fundamentos para impossibilidade de reforma da constituição em certas hipóteses.

50 Constituição de 1946, Art. 94. No caso de ocupação de todo ou parte do território metropolitano por potências estrangeiras, nenhum procedimento de emenda poderá ser realizado ou continuado.

51 Constituição de 1946, Art. 95. A forma republicana de governo não pode ser objeto de uma emenda proposta.

52 SAMPAIO, Nelson de Sousa. **Poder de reforma constitucional**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1954. p. 89.

53 Constituição de 1956, Art. 42. A discussão de projetos de lei deverá, na reunião, tratar do texto adotado pelo comitê encarregado de acordo com o art. 43 ou, na falta deste, com o texto encaminhado à reunião. No entanto, a discussão na reunião de **projetos de revisão constitucional**, projetos de lei de financiamento e projetos de lei de financiamento previdenciário tem, em primeira leitura antes da primeira assembleia, o texto apresentado pelo Governo e, por outras leituras, no texto transmitido pelo outro conjunto. O debate na sessão de primeira leitura de um projeto de lei só pode ter lugar antes da primeira reunião ter sido apreendida no prazo de seis semanas após a sua apresentação. Não pode intervir antes da segunda reunião apreendida até o termo de um período de quatro semanas a contar da sua transmissão. O parágrafo anterior não se aplica se o procedimento acelerado tiver sido iniciado nas condições previstas no art. 45. Não se aplica nem a projetos de lei, nem a projetos de lei de financiamento de segurança social e projetos de crise. (Grifo nosso.)

54 Constituição de 1956, Art. 89. A **iniciativa** para a revisão da Constituição pertence simultaneamente ao **Presidente da República sobre a proposta do Primeiro-Ministro e membros do Parlamento**. O projeto ou proposta de revisão deve ser examinado nas condições de **prazo fixadas no terceiro parágrafo do art. 42** e votadas por ambas as assembleias em termos idênticos. A revisão é final depois de **aprovada por referendo**. No entanto, **o projeto de revisão não é apresentado ao referendo quando o Presidente da República decide submetê-lo ao Parlamento reunido no Congresso**; neste caso, o projeto de revisão é aprovado somente se atender à maioria de **três quintos dos votos expressos**. O gabinete do Congresso é o da Assembleia Nacional. **Nenhum procedimento de revisão pode ser iniciado ou continuado quando a integridade do território é prejudicada. A forma republicana do governo não pode ser revisada.** (Grifo nosso.)

É curioso constatar a coincidência de momentos de autoritarismo com a inexistência de procedimentos de reforma nas constituições, enquanto que, na retomada da democracia liberal, a reforma como competência do Poder Legislativo estava positivada novamente.

Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos, por sua vez, a Constituição de 1787 exige a votação por dois terços dos membros das duas casas do Congresso Nacional – Câmara e Senado –, a votação por dois terços dos seus membros e, ainda, a necessidade de posterior ratificação por três quartos do Legislativo dos Estados. A Constituição chegou a prever a possibilidade de se convocar uma nova Convenção para deliberar sobre alteração do seu texto. Essa nova Convenção ou procedimento de reforma, entretanto, nunca ocorreu.

O artigo V da Constituição dos Estados Unidos a transforma em umas das constituições contemporâneas mais rígidas. Havia, porém, uma limitação material inicial de 20 anos quanto a possibilidade de alterar as cláusulas 1 a 4 da seção IX do art. I da Constituição. O objetivo do dispositivo era evitar que se aprovasse a abolição da escravidão por meio de emenda, o que só viria a acontecer em 1865, por meio da Emenda XIII, XIV e XV.⁵⁵

Do ponto de vista histórico, vale trazer alguns casos julgados pela Suprema Corte deste país para ilustrar o tema.

No caso *Hollingsworth versus Virginia (1798)*,⁵⁶ rejeitou-se o argumento de que a Emenda XI possuía um vício por não ter sido sancionada pelo Presidente da República, sob o fundamento de que o art. V não lhe atribuiu nenhum papel no procedimento de reforma da Constituição.

55 Constituição dos Estados Unidos de 1787, Art. 5. O **Congresso**, sempre que **dois terços das duas Casas** julgar necessário, proporá Emendas a esta Constituição, ou, na Aplicação das **Legislaturas de dois terços dos vários Estados, convocará uma Convenção para propor emendas**, que, em qualquer dos casos, será válida para todos, Intenções e Propósitos, como parte desta Constituição, **quando ratificada pelos Legislativos de três quartos de vários Estados, ou por Convenções em três quartos dos mesmos**, como um ou outro Modo de a ratificação poder ser proposta pelo Congresso, desde que **nenhuma emenda que possa ser feita antes ao Ano Um mil oitocentos e oito deva**, de qualquer maneira, **afetar a primeira e quarta Cláusulas da Nona Seção do primeiro Artigo**, e que nenhum Estado, sem seu consentimento, será privado do seu igual Sufrágio no Senado. (Grifo nosso.)

56 3 US (3 Dall.) 378 (1798).

Já o caso *Hawke versus Smith* (1920)⁵⁷ questionou a Emenda XVIII, envolvendo a chamada “lei seca”. O advogado George Hawke, apoiando a lei, ajuizou uma ação perante a Justiça de Ohio para obter a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto da norma desse Estado, que, mediante petição com 6% dos eleitores estaduais, convocou referendo para submeter ao crivo popular a decisão da legislatura estadual de ratificar a referida emenda. A Suprema Corte julgou procedente e invalidou o referendo que revertera a decisão do Parlamento estadual que tinha anulado a ratificação da Emenda XVIII. A Suprema Corte entendeu que o poder dos estados ratificarem projetos de emenda derivam da Constituição Federal e, nessa, inexistente previsão de referendo no âmbito dos Estados.

Na semana seguinte, o caso *National Prohibition Cases* (1920)⁵⁸ também questionou perante a Suprema Corte a constitucionalidade da Emenda XVIII sobre a proibição da fabricação de bebidas alcoólicas (“lei seca”). A decisão foi pela constitucionalidade da emenda. Em primeiro lugar, afirmou que qualquer alteração não pode levar a uma revolução subversiva dos princípios constitucionais. Em seguida, destacou que emenda não é poder constituinte, porque os representantes são agentes do povo e não o próprio povo. De todo modo, concluiu sem enfrentar totalmente o ponto a respeito do referendo nos Estados, cuja maioria teria sido obtida, mas sem a aprovação popular em conformidade com as Constituições estaduais. De qualquer forma, a opinião da Corte foi que a referida proibição estava dentro do poder de reforma, reservado pelo artigo V.⁵⁹

O caso *Lesser versus Garnet* (1922)⁶⁰ abordou a constitucionalidade da Emenda XIX, que ampliou o direito de voto das mulheres. Questionou-se a referida emenda a partir da autonomia do Estado da federação, alegando que não se obteve o seu consentimento. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu pela constitucionalidade da Emenda XIX, tendo em vista a sua semelhança com a Emenda XV, reconhecida e posta em prática por meio século. Destacou que obteve o quórum necessário para sua validade

57 253 US 221 (1920).

58 253 US 350 (1920).

59 253 US 350 (1919).

60 258 US 130 (1922).

e que o Departamento de Estado juntou a documentação comprovando a ratificação da emenda por 36 estados, sendo desnecessária a ratificação pelo povo em cada um desses estados, já que a ratificação é uma função federal das legislaturas estaduais, subordinando-se à Constituição Federal.

Portanto, é possível perceber que, mesmo nesses casos citados sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, ainda que anteriores à Segunda Guerra Mundial, o debate sobre os limites existentes ao poder de reforma, embora existentes, acabam centrando-se principalmente em aspectos procedimentais e formais em detrimento de limites materiais ao poder de reforma.

Alemanha

Na Alemanha, o desenvolvimento de uma teoria para o poder de reforma tem como pano de fundo as graves violações de direitos humanos perpetradas pelo regime nazista, ainda sob a vigência da Constituição de Weimar de 1919. Revelou-se insuficiente permitir que qualquer dispositivo pudesse ser alterado apenas porque o procedimento foi respeitado e, em qualquer circunstância, ainda que em momentos excepcionais como estados de exceção.

Vale lembrar que o partido nazista elegeu muitos parlamentares em 1932. No ano seguinte, Hitler foi nomeado chanceler, quando dissolve o parlamento e consegue, nessa nova eleição, maioria. Em 1933, o chamado “Ato de Habilitação” – Lei para Combater a Crise Nacional – foi aprovada de acordo com o art. 76, conferindo poderes a Hitler para “editar leis pelo Gabinete Nacional não apenas em situações de emergência” (art. 1º). Seu art. 2º previa que “*Leis do Gabinete Nacional podem desviar da Constituição se não afetar a posição do Reichstag e do Reichsrat. Poderes do presidente permanecem intocados*”.

Em 1934, deu-se o “Ato de Sucessão” e, posteriormente, um plebiscito que aprovou, com 84%, a unificação dos Gabinetes de Presidente e Ministros com a morte do Presidente von Hindenburg. Resultado: a doutrina partidária da liderança do Führer acabou concentrando o comando no governo, legislativo e forças armadas. Mais do que isso, delegou o poder de reforma da constituição ao Chefe do Executivo, o que usurpou funções legislativas típicas e ensejou uma série de arbitrariedades.

Perceba-se, então, que o declínio da Constituição de Weimar de 1919 decorreu de uma soma de fatores, a começar por seu próprio texto: a combinação de seus próprios artigos – art. 25 (Chanceler pode dissolver parlamento), art. 48 (ampliação dos poderes em situação de emergência) e art. 76 (possibilidade de reformar a Constituição pela via ordinária), somada a uma postura de deferência ou omissão por parte do Judiciário e também de uma doutrina constitucional que elevava o chefe do Executivo à condição de Guardião da Constituição, encarnada em Carl Schmitt.

A ausência de limites materiais e de limites circunstanciais a que a Constituição fosse modificada em situações de “emergência” deu poderes sem limites a Hitler. Nesse sentido, afirma Nelson de Sousa Sampaio:

“Em contraposição, a flexibilidade do Estatuto italiano e a fraca rigidez da Constituição de Weimar, se não podem ser responsabilizadas como causadoras da revolução fascista e da nazista, não deixaram de aplinar os caminhos que conduziram à ditadura.”⁶¹

É curioso e até contraditório que o mesmo autor – Carl Schmitt –, de um lado, elevou o Chefe do Executivo à condição de guardião da Constituição, por ser o único capaz de decidir no estado de exceção, e, de outro, introduziu uma das primeiras reflexões em sua teoria da Constituição sobre os limites implícitos ao poder de reforma, afirmando que ela não podia modificar as decisões políticas fundamentais sob pena de alterar a identidade da própria Constituição.

Esse paradoxo se justifica tendo em vista que é Carl Schmitt quem diferencia a reforma da Constituição de outras atividades. Reformar a Constituição não é destruir, suprimir ou deixar de aplicar a certos casos. O poder de reforma não é uma função normal do Estado, sendo uma “faculdade extraordinária”, mas, ainda assim, uma “competência autêntica” atribuída constitucionalmente e, portanto, limitada. Nenhuma reforma poderia suprimir as decisões políticas fundamentais do Estado e dar uma nova Constituição ao Estado.⁶²

61 SAMPAIO, Nelson de Sousa. **Poder de reforma constitucional**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1954. p. 66.

62 SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1982. p.118 e ss.

Essa doutrina é objeto de uma análise crítica por parte de Karl Loewenstein. A crítica recai justamente na retirada da Constituição do topo do ordenamento jurídico, revogando seu constitucional (mas mantendo seu texto), fato que entregou o Legislativo a Hitler e instrumentalizou o Direito como um mecanismo de dominação nazista. Cita-se como exemplo o art. 2º do Código Penal que punia alguém por lei, princípios e opinião popular. Assumiu-se um método teleológico para imposição de valores do Führer ou em acordo com o nacional socialismo. Em outras palavras, Weimar passa da democracia liberal à soberania do Führer em menos de 1 ano.

Tendo em conta esse cenário, Loewenstein afirmou, em seu livro clássico *Teoria da constituição*, que o soberano é quem detinha o “poder de reforma da Constituição” em uma clara oposição – ainda que sem mencionar o nome – a Carl Schmitt.⁶³ Retira-se o ponto central da soberania do Chefe do Executivo para o Legislativo.

Com a derrota da Alemanha na Segunda Guerra Mundial e a ocupação do país pelas Forças Aliadas, os Presidentes dos Lander foram autorizados a convocar Assembleia Constituinte para escrever uma Constituição democrática, federativa e com direitos. A elaboração se deu pelo conselho parlamentar, composto por 75 membros eleitos pelos parlamentos dos Lander. A Lei Fundamental foi posteriormente ratificada pelos legislativos estaduais. Foi promulgada por Konrad Adenauer, então Presidente do Conselho, e que posteriormente se tornaria chanceler.

Em tal contexto é que a Lei Fundamental de 1949 representou uma tripla reação. Em primeiro lugar, reagiu ao nazismo, afirmando em seu art. 1º a dignidade humana. Em segundo lugar, reagiu ao positivismo exigindo um respeito aos direitos fundamentais (art 1º ao 18), sendo considerados como finalidade dos poderes do Estado, agora previstos em sua parte final. Em terceiro, representou uma reação ao decisionismo que imperava até então. A restrição aos direitos fundamentais, como previsto no art. 19, deveria estar prevista por uma lei geral, não limitada ao caso particular e, ainda assim, respeitando o seu núcleo essencial e a proporcionalidade. O Judiciário vinculava-se não só à lei, mas também ao Direito, nos termos do art. 20.

63 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 150-160.

É nesse sistema constitucional que se tornou coerente a previsão de limites materiais pelo art. 79, vedando qualquer reforma que suprimisse direitos fundamentais. Diversos autores manifestaram uma preocupação nesse sentido.

Otto Bachoff pensava na Constituição como ordem de valores, cuja reforma estava limitada por princípios suprapositivos que afastam o poder constituinte soberano. Chegava a defender até mesmo a existência de normas constitucionais inconstitucionais com base no direito natural, nos direitos humanos e nesses princípios suprapositivos.⁶⁴

Jürgen Habermas não chega a retornar ao jusnaturalismo, mas construiu uma teoria na qual os direitos fundamentais são condições para a democracia, constituindo-se, assim, em limites ao poder de reforma. É o que ele chamou de tese da cooriginariedade entre direitos fundamentais e democracia, ou seja, apontava que direitos como a liberdade de expressão e associação são condições indispensáveis para democracia e, ao mesmo tempo, devem ser uma finalidade dessa forma de governo.⁶⁵

Na prática, o Tribunal Constitucional Federal Alemão passou a assumir uma posição de destaque na definição do que é ou não um limite ao poder de reforma, mesmo com a sua postura de deferência extrema ao poder de reforma da Constituição. Oscar Vilhena seleciona quatro casos interessantes para exemplificar essa ascensão judicial da conformação das cláusulas pétreas.⁶⁶

O primeiro caso é o caso sobre privacidade (1970). A emenda confere poderes ao Parlamento para vigiar cidadãos sem eles serem informados e sem autorização judicial. O Tribunal Constitucional declarou ser compatível com arts. 1 e 20. A decisão entendeu que a dignidade da pessoa humana não foi violada. A restrição seria um ônus para uma ordem livre e democrática. A vigilância revelava-se necessária porque grupos secretos disfarçavam manobras contra democracia. Seria necessário, portanto, preservar uma democracia militante, presumindo-se que a lei seria aplicada corretamente.

64 BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Ed. Livraria Almedina, 1994. BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución.** Trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1987. p. 9-69.

65 HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. In: **A inclusão do outro, estudos de teoria política.** São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 293-298.

66 VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma.** São Paulo: Malheiros, 1999. p.148-159.

O segundo caso é sobre reforma agrária (1991), no qual a Alemanha Oriental expropriou uma série de propriedades. Com a reunificação da República Federal Alemã (RFA ou ocidental) com a República Democrática Alemã (RDA ou oriental), uma Emenda assegurou discricionariedade ao Parlamento para indenizar ou não expropriações da RDA. O Tribunal Constitucional decidiu pela constitucionalidade do tratado, da emenda e da lei.

Ligado a este, no caso *Armin versus RFA* (1991), o cidadão Hans von Armin alegou que a reforma agrária era um “programa pervertido” que violava o direito de propriedade (art. 14), a proibição de discriminação (art. 3.1), a separação dos poderes e os direitos humanos (art. 79). O Tribunal Constitucional, porém, decidiu que Tratado de Unificação tem validade constitucional, art. 143 da Lei Fundamental e que era compatível com o direito de propriedade, haja vista não ser algo irrevogável/intangível, bem como com liberdade, dignidade e igualdade. Além disso, as razões de ordem política internacional não eram judiciáveis pelos tribunais. Com isso, a RFA não poderia se responsabilizar por atos contrários à Constituição fora do seu território, praticados por autoridades soviéticas da RDA que não agiram pela Lei Fundamental de 1949.

Por fim, é interessante mencionar o caso do Tratado para União Europeia (UE) (1993). Uma emenda que transferiu poderes soberanos à UE, a exemplo do Banco Central alemão para o Banco Central europeu. Alegou-se que o Tratado violava o princípio democrático. O Tribunal Constitucional Federal Alemão, porém, não avaliou a constitucionalidade do mesmo, sob o fundamento de que a UE não derivava do povo europeu, mas dos Estados que a formavam. A transferência de poderes da Alemanha foi decisão política do Parlamento. Portanto, a ligação entre governantes e povo não foi rompida. A transferência supranacional de competências satisfaz requisitos a fim de garantir a moeda, a base econômica, o planejamento e a liberdade econômica, todos relacionados ao princípio democrático da Lei Fundamental de 1949.

É nesse contexto que diversos países passam a prever limites materiais ao poder de reforma. Por exemplo, a Constituição Francesa de 1956

possuía, além de limites formais e procedimentais,⁶⁷ limites materiais – a República – e limites circunstâncias – a impossibilidade de reformar a constituição em caso de prejuízo à integridade territorial.⁶⁸

Antes de encerrar o item, porém, é importante destacar que, na América Latina como um todo, especialmente Argentina e Colômbia, muitas vezes o termo Reforma é utilizado mais para a possibilidade de o povo reformar a Constituição inteira. Na experiência colombiana, por exemplo, embora inexistem limites materiais explícitos na Constituição de 1991, a Corte Constitucional da Colômbia construiu limites implícitos de caráter material, exigindo o respeito aos direitos fundamentais, sob o fundamento de que não se pode trocar a Constituição por outra mediante emenda. É o que ficou conhecido como “doutrina da não substituição”.

Poder Constituinte Derivado no Brasil e os seus limites na Constituição de 1988

A Constituição brasileira é classificada como uma Constituição compromissória. Esse caráter conciliatório entre ideologias e interesses de grupos de interesse antagônicos, para muitos, gera não só um documento analítico, mas também casuístico e prolixo desde a sua origem. É um bom exemplo à previsão da sede do Colégio Pedro II na cidade do Rio de Janeiro, no § 2º do art. 242 da Constituição de 1988.

67 Art. 42. A discussão de projetos de lei deverá, na reunião, tratar do texto adotado pelo comitê encarregado de acordo com o art. 43 ou, na falta deste, com o texto encaminhado à reunião. No entanto, a discussão na reunião de **projetos de revisão constitucional**, projetos de lei de financiamento e projetos de lei de financiamento previdenciário tem, em primeira leitura antes da primeira assembleia, o texto apresentado pelo Governo e, por outras leituras, no texto transmitido pelo outro conjunto. O debate na sessão de primeira leitura de um projeto de lei só pode ter lugar antes da primeira reunião ter sido apreendida no prazo de seis semanas após a sua apresentação. Não pode intervir antes da segunda reunião apreendida até ao termo de um período de quatro semanas a contar da sua transmissão. O parágrafo anterior não se aplica se o procedimento acelerado tiver sido iniciado nas condições previstas no art. 45. Não se aplica nem a projetos de lei, nem a projetos de lei de financiamento de segurança social e projetos de crise. (Grifo nosso.)

68 Art. 89. A **iniciativa** para a revisão da Constituição pertence simultaneamente ao **Presidente da República sobre a proposta do Primeiro-Ministro e membros do Parlamento**. O projeto, ou proposta de revisão, deve ser examinado nas condições de **prazo fixadas no terceiro parágrafo do art. 42** e votadas por ambas as assembleias em termos idênticos. A revisão é final depois de **aprovada por referendo**. No entanto, **o projeto de revisão não é apresentado ao referendo quando o Presidente da República decide submetê-lo ao Parlamento reunido no Congresso**; neste caso, o projeto de revisão é aprovado somente se atender à maioria de **três quintos dos votos expressos**. O gabinete do Congresso é o da Assembleia Nacional. **Nenhum procedimento de revisão pode ser iniciado ou continuado quando a integridade do território é prejudicada. A forma republicana do governo não pode ser revisada.** (Grifo nosso.)

Sob a vigência da Constituição de 1988, foram aprovadas 99 Emendas e 6 Emendas de Revisão até o ano de 2018. O casuísmo e a prolixidade, presentes no texto oriundo do poder constituinte originário, perpetuaram-se com essa produção de emendas pelo poder de reforma constitucional. Independente de se concordar com o conteúdo das emendas, muitas delas tratam de temas de duvidoso patamar constitucional.

Por exemplo, é questionável a necessidade de previsão constitucional da EC no 11/1996 para autorizar a contratação de professores estrangeiros por universidades brasileiras. Talvez bastasse uma lei. Outros exemplos de confusão entre a política constitucional (ou extraordinária) e a cotidiana (ou legislativa) podem ser multiplicados. A EC no 26/2000 ampliou o prazo de prescrição de créditos trabalhistas. A EC no 51/2006 convalida a contratação de agentes de combate às endemias independentemente da aprovação por concurso público.

O excesso de emendas somado ao caráter analítico e até prolixo de dispositivos constitucionais, mesmo do texto original da Constituição de 1988, têm um custo político. As políticas contingentes de governo não raro pressupõem para sua introdução ou modificação não apenas uma lei ordinária, demandando um nova EC. Há, na prática, portanto, uma profunda confusão ou mistura do espaço para a política ordinária em relação à política constitucional.⁶⁹

A regulação para Emenda à Constituição Federal de 1988 está disciplinada nos arts. 59, I e 60. Confira-se, inicialmente, o art. 60 a partir do qual a classificação das limitações ao poder de reforma é construída:

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 Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

69 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado** n. 6, 2006. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 173-174.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de **intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio**.

§ 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.

§ 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:**

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de **emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa**.

As limitações consagradas na Constituição de 1988 são classificadas tradicionalmente em: (i) circunstanciais; (ii) formais, (iii) materiais e (iv) temporais.⁷⁰ Ao lado desses, há também limites implícitos ao poder de reforma que decorrem de uma construção doutrinária.

Limites Circunstanciais

Os limites circunstanciais impedem a reforma da Constituição em momentos de anormalidade institucional decorrentes de situações atípicas ou crises (art. 60, § 1º), como o estado de sítio, de defesa e a intervenção

70 Classificando em limites explícitos (circunstanciais, materiais e temporais) *versus* Limites implícitos, Cf. FERREIRA FILHO, Manoel. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 135 e ss. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional**: história, teoria e métodos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 281 e ss.

federal. Como nesses momentos há uma profunda turbulência política e, não raro, a autorização para suspensão de direitos e garantias, a vedação presta-se a assegurar um ambiente que possua melhores condições deliberativas para alteração da Constituição.

Um exemplo recente que ilustra a aplicação prática do dispositivo envolveu a decisão do Presidente da República Michel Temer de decretar intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro até o fim de 2018, cujo efeito direto impediu a aprovação da Reforma da Previdência (PEC no 287/2016). Em termos políticos, há quem diga que o objetivo foi desviar a atenção de uma agenda na qual o governo não obteria os 308 votos mínimos para aprovação da PEC no 287/16, razão pela qual decidiu mudar a pauta para outra estratégia para o mesmo diante da proximidade das eleições.

Em termos jurídicos, alguns parlamentares, nesse sentido, chegaram a impetrar Mandado de Segurança no 35.535 para impedir a deliberação no Congresso Nacional. No STF, porém, o Ministro Dias Toffoli deferiu limitar para permitir a deliberação, sob o fundamento de que a Constituição veda tão somente a aprovação da PEC na vigência de intervenção, mas não proíbe expressamente a sua tramitação nestas circunstâncias.

Limites formais ou procedimentais

Já os limites formais ou procedimentais são aqueles oriundos do próprio rito delimitado para alteração do texto constitucional. São eles: (i) a iniciativa privativa de um terço da Câmara dos Deputados, um terço do Senado Federal, do Presidente da República e de mais da metade das Assembleias Legislativas por maioria relativa em cada uma; (ii) quórum de três quintos, ou seja, um quórum qualificado; e (iii) dois turnos em cada casa, ou seja, dois turnos na Câmara e, depois, dois turnos no Senado Federal.

Dois anteprojotos formulados à época da Constituinte poderiam ter tornado esse procedimento mais participativo e democrático, mas não foram introduzidos no texto constitucional. O primeiro foi o anteprojeto do professor José Afonso da Silva (Universidade de São Paulo - USP), que previa também um referendo popular para EC, caso solicitado por um nú-

mero mínimo de Deputados, de eleitores ou pelo Presidente.⁷¹ O segundo foi anteprojeto elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, então presidida pelo professor titular de direito constitucional da UFRJ Afonso Arinos. Os arts. 436 e 229 previam a possibilidade de utilizar o referendo para certos projetos de emenda que visassem alterar a estrutura ou afetar o equilíbrio entre os poderes.⁷²

Além disso, até mesmo o intervalo de dois turnos pode ser controverso. A EC no 62/2009 foi votada e aprovada no Senado Federal em duas sessões realizadas no mesmo dia (02/12/2009) com menos de uma hora de intervalo entre ambas. Impugnou-se a referida Emenda alegando que a ausência de um intervalo mínimo violava a própria lógica do dispositivo ao passo que o princípio democrático necessita de uma pausa para reflexão e articulação dos grupos contrários e favoráveis no Congresso Nacional a fim de garantir uma deliberação mais robusta.

O STF, porém, decidiu que a Constituição de 1988, em seu art. 62, § 2º, não instituiu um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos para fins de aprovação da emenda, razão pela qual (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI no 4425):

“(…) inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal”.

71 SILVA, José Afonso. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 429: “Capítulo 2. Reforma da Constituição. Art 193. A proposta de emenda será submetida a referendo popular, se antes de sua promulgação assim o requererem cinquenta deputados, dez mil eleitores em petição escrita ou presidente da República.”

72 Art. 436. A Constituição poderá ser emendada. § 5º – No caso do art. 229, XXVI, e no prazo de cinco dias, contado da sua aprovação pelo Congresso Nacional, o Presidente da República poderá determinar que a proposta de emenda constitucional seja submetida a referendo, comunicando-o ao Presidente do Senado Federal, que sustará a promulgação. Art. 229 – Compete ao Presidente da República, na Forma e nos limites estabelecidos por esta Constituição: XXVI – determinar a realização de referendo sobre propostas de emendas constitucionais e de projetos de lei de iniciativa do Congresso Nacional que visem a alterar a estrutura ou afetem o equilíbrio dos Poderes.

Limites materiais

Por fim, há os limites materiais. Uma Constituição deve conservar a sua essência, sua identidade original, os pré-compromissos assumidos, o núcleo de decisões políticas, os valores fundamentais que justificaram sua criação em um momento extraordinário da história política de um país. Essa identidade, também referida como o “espírito da Constituição”, é protegida pela existência de limites materiais ao Poder de Reforma, previstos de modo expresso em inúmeras Constituições.⁷³

São as denominadas **cláusulas de intangibilidade** ou **cláusulas pétreas**, nas quais são inscritas as matérias que ficam fora do alcance do constituinte derivado, nos termos do art. 60, § 4º: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Pelo primeiro inciso, não é possível aprovar uma emenda que converta o Brasil num Estado Unitário ou que esvazie por completo a autonomia dos entes subnacionais. Além disso, mais do que o direito ao voto, previsto no inciso II, essa cláusula pétrea protege, para alguns, algo mais amplo: o próprio regime republicano que, por sua importância, foi escolhido por meio do plebiscito de 1993. Pelo inciso III, preza-se pela independência e harmonia entre os poderes e não uma separação rígida. Já o quarto inciso, por ser um tema de profunda divergência, dedica-se a uma atenção especial.

A primeira corrente, representada por Gilmar Mendes, defende uma interpretação literal, segundo a qual apenas do capítulo 1, do Título II, ou seja, o artigo 5º e seus incisos seriam uma cláusula pétrea, excluindo da categoria de cláusulas pétreas, por exemplo, o capítulo 2 do mesmo Título, referente aos direitos sociais.⁷⁴

A segunda corrente, representada por Ingo Sarlet, defende uma leitura sistemática da Constituição, segundo a qual o termo “direitos e garantias

73 Explicando as diversas correntes justificando a existência das cláusulas pétreas a partir da origem ser popular no qual os direitos fundamentais são condições para democracia (Jürgen Habermas); da identidade constitucional de assegurar as decisões políticas fundamentais (Carl Schmitt), do pré-compromisso no momento originário (Jon Elster); neocontratualismo a partir do qual as cláusulas pétreas forneceriam uma espécie de consenso sobreposto para o respeito ao pluralismo (John Rawls), cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional**: história, teoria e métodos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 281 e ss.

74 MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais**, n. 21, 1997, p. 69 e ss.

individuais” teria sido empregado pelo constituinte de 1988 de forma atéc-nica, devendo ser interpretado como todos os capítulos do Título II, abrangendo não só aos direitos e garantias individuais e coletivos, mas também os direitos sociais, políticos e de nacionalidade. O argumento base é a inexistência de hierarquia entre os direitos de primeira e segunda geração, devendo ambos ser interpretados de forma indivisível e interdependente.⁷⁵

A terceira corrente, defendida por Rodrigo Brandão, não adota um critério meramente topográfico (Capítulo ou Título), assim entendida como formalista e insuficiente.⁷⁶ Defende uma leitura que apenas direitos materialmente fundamentais são cláusulas pétreas. De um lado, existem direitos fundamentais em sentido material fora do Título II da Constituição de 1988 que são cláusulas pétreas e, portanto, são limites ao poder de reforma. Por outro lado, existem direitos formalmente fundamentais dentro desse Título II, que não são materialmente fundamentais.

Logo, poderiam – o que não significa que deveriam –, portanto, ser modificados por emenda. Ainda assim, essa modificação não deve violar o mínimo existencial. Além disso, o controle judicial dessa compatibilidade deve ser comedido, evitando substituir o juízo político do legislativo quando não houver uma inconstitucionalidade evidente.⁷⁷ A mera modificação do dispositivo referente ao direito fundamental não deve ser considerada imediatamente inconstitucional *per se*.

Não se pode realizar, nessa linha, uma “interpretação excessivamente elástica”, tampouco uma “exegese metodologicamente frouxa”. Excesso ou falta de formalismo tendem a violar o princípio democrático. O controle judicial das emendas, em uma interpretação constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais, deve conciliar constitucionalismo e democracia, proteger as condições para democracia e o mínimo existencial.⁷⁸

75 SARLET, Ingo. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET Ingo (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

76 SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 227 e ss. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13 e 114.

77 BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 204.

78 *Ibidem*, p. 177.

Existem exemplos clássicos da jurisprudência do STF para ilustrar a questão dos limites materiais ao poder de reforma. O primeiro é a ADI no 815, por meio da qual o Governador do Rio Grande do Sul impugnou o § 1º e o § 2º do art. 45 da Constituição em seu texto original, defendendo a tese de que existiria hierarquia entre normas constitucionais originárias e, portanto, seria possível a declaração de inconstitucionalidade para impedir o descumprimento da constituição como um todo e, mais precisamente, de que Estados fossem mais representados que outros na Câmara dos Deputados. O STF não acolheu a tese das normas constitucionais inconstitucionais, seja com base em normas da própria constituição, seja com base nos “princípios de direitos suprapositivos”, haja vista que é a própria Constituição, como obra do Poder Constituinte originário, que vai prever as cláusulas pétreas e os limites ao poder constituinte derivado em rever ou emendar a Constituição.

Um segundo exemplo clássico é a ADI no 939, ajuizada contra a EC no 3/1993, na qual o STF decidiu que violava o princípio da anterioridade, o art. 2 da referida emenda, ao prever a aplicação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF) no mesmo exercício tributário, previsto no art. 140, III, “b” e VI da CRFB/1988. Tratam-se de “normas imutáveis” e uma garantia individual do contribuinte, tendo em vista existirem outros direitos fundamentais fora do Título II, conforme preceitua o § 2º do art. 5 da Constituição. Sendo assim, a anterioridade tributária passou a ser compreendida como direito ou garantia fundamental do contribuinte pelo STF e, portanto, como uma cláusula pétrea. Por essa razão, declarou a inconstitucionalidade da EC no 3/1993 e da Lei Complementar no 77/1993, que determinava a incidência do referido tributo no mesmo ano.

Embora possível, o controle judicial das emendas não deve ser banalizado. Afinal, de um lado, a sua aprovação pressupõe maiorias parlamentares que representam a vontade popular expressivas de 3/5 e, de outro, o poder judiciário não é eleito. Essa dificuldade contramajoritária faz com que tal controle deva se pautar pelos seguintes parâmetros: (i) razoável dose de autorrestrrição; (ii) busca do equilíbrio entre permanência e alteração do projeto constitucional original; (iii) respeito ao pluralismo e aos consensos mínimos, como a dignidade da pessoa humana; e (iv) evitar o

engessamento do texto constitucional e o espaço de conformação reservada à deliberação democrática.⁷⁹

Limites temporais

Os limites temporais têm por objetivo conferir estabilidade ao texto constitucional por um período mínimo ou resguardar determinada situação jurídica por um prazo prefixado. Eles se destinam, normalmente, a conter reações imediatistas à nova configuração institucional e a permitir que a nova Carta possa ser testada na prática por um tempo razoável. Na história constitucional brasileira, costuma-se exemplificar esse tema com a vedação de reforma da Constituição de 1824 por 4 anos, nos termos do art. 174.

Sob a vigência da Constituição de 1988, há quem defenda a inexistência de limites temporais ao Poder de Reforma. Alegam que até mesmo a revisão constitucional foi antecipada mesmo tendo uma data específica, sem que o TF declarasse a inconstitucionalidade dessa ação.

Por outro lado, há os que veem em duas limitações o caráter temporal. A primeira é a impossibilidade de reapresentar na mesma sessão legislativa uma proposta de emenda rejeitada (art. 60, § 5º). A segunda é a impossibilidade de reformar as regras do jogo político um ano anterior à eleição (art. 16), comumente chamado de princípio da anualidade eleitoral.

Um caso que ilustra bem a questão dos limites ao poder de reforma e o princípio da anualidade eleitoral é a ADI no 3685-8. Ela declarou a inconstitucionalidade da EC no 52/2006, que obrigou a vinculação de candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal, pondo fim à verticalização. O art. 2º dessa emenda determinava a sua aplicação às eleições de 2002 (anterior a ela). Obviamente, a alusão à eleição anterior à emenda não poderia produzir efeitos retroativos. Contudo, a menção poderia dar abertura para aplicação da emenda aprovada em março para as eleições que ocorreriam em outubro daquele mesmo ano (2006). O STF decidiu pela inconstitucionalidade justamente porque isso violaria a segurança jurídica do cidadão-eleitor ao modificar as regras do jogo com menos de um ano das eleições. Essa interpretação foi análoga à EC no 3/1993, que

79 BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 180

introduziu o IPMF em violação à anterioridade tributária no mesmo ano por violar a segurança jurídica do cidadão-contribuinte.⁸⁰

Limites implícitos

Existem limites não expressos ou implícitos ao Poder de Reforma? Os limites implícitos seriam uma categoria que não está enunciada de forma direta e clara pelo texto como um limite constitucional à reforma. Em linhas gerais, significa problematizar essas limitações, que seriam intransponíveis ou, ao contrário, poderiam ser objeto de reforma.⁸¹

De um lado, há os que negam esse caráter intransponível, sob o fundamento de que não haveria diferença substancial entre o poder constituinte e o de revisão, bem como entre as normas constitucionais originárias e as derivadas. Afirmam, ainda, que os referidos limites não impediram a mudança, caso esta seja a efetiva vontade do povo.

Por outro lado, há aqueles que defendem que o poder constituinte derivado possui natureza diversa e, portanto, o poder de reforma deve buscar conciliar a constituição formal e a material, os limites e a realidade superveniente, de modo a promover a alteração sem suprimir o núcleo que confere identidade ao regime constitucional. Substituir esse núcleo seria substituir a constituição e, portanto, uma verdadeira fraude. Como há uma hierarquia entre o poder constituinte originário e o derivado, este não pode ir além dos limites impostos por aquele. Aliás, essa tem sido a jurisprudência constante do STF.

De forma específica, Nelson de Souza Sampaio é um dos primeiros no Brasil a buscar sistematizar limites implícitos ou, como prefere chamar o próprio autor, “limites materiais inerentes” ou “limites naturais”: (i) os direitos fundamentais; (ii) o titular do Poder Constituinte Originário no povo, visto que a soberania popular é pressuposto do regime constitucional de-

80 Para uma visão crítica da decisão, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 37, 2006. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 294

81 BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20-24.

mocrático; (iii) o titular do Poder Reformador no Congresso Nacional; e (iv) o procedimento do poder de emenda ou revisão constitucional.⁸²

Nelson de Souza Sampaio abre exceções quanto ao último ponto. Seria possível modificar o procedimento de reforma para tornar mais difícil, mas não facilitar o procedimento de reforma, bem como seria possível inserir requisitos, tal como o referendo popular.⁸³

Vale realizar uma reflexão crítica a respeito de suas colocações. Em primeiro lugar, hoje os direitos fundamentais constam como limites materiais expressos. Em segundo lugar, a titularidade do poder constituinte originário e do poder de reforma deve estar no povo e no congresso, respectivamente, já que a delegação do poder constituinte derivado, como ocorreu na Alemanha hitlerista, tende a facilitar arbitrariedades. Em terceiro lugar, pensar apenas o aumento ou diminuição da rigidez constitucional nessa chave revela-se simplista e insuficiente para compreender se isso violaria ou não um limite implícito. É preciso pensar para além do fato de se a alteração no processo não torna a constituição rígida em flexível. É necessário pensar se essa modificação do processo legislativo de reforma constitucional torna a maneira de o Poder de Reforma mais democrático, participativo e transparente.

Em suma, a modificação do processo legislativo de reforma da Constituição deve refletir não só uma possível adição de um referendo ao final, mas também formas de iniciativa popular para emenda a fim de tornar o processo de reforma mais permeável e acessível efetivamente ao povo. Eventuais alterações nesse procedimento devem servir para ampliar e aperfeiçoar a deliberação dentro e fora do Legislativo, mas nunca para reduzi-la. Do contrário, será uma porta de entrada para regimes autoritários, totalitários, nazistas ou fascistas.

82 SAMPAIO, Nelson de Sousa. **Poder de reforma constitucional**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1954. p. 93.

83 *Ibidem*, p. 42.

Poder Constituinte para além do Originário e do Derivado

A dicotomia entre poder constituinte originário e derivado é insuficiente atualmente para compreender a dinâmica de criação e reforma das Constituições. Existem também outras formas: poder constituinte dentro (poder constituinte do Estado-membro), fora (poder constituinte supranacional e internacional) e ao lado (poder constituinte difuso) do Estado-nação, idealizado por Sieyès.

Em primeiro lugar, há o poder constituinte do Estado-membro, porque, dentro do Estado, existem estados que não são unitários, tal como acontece na França. Ao contrário, são exemplos de estados federativos os Estados Unidos da América, Brasil, Argentina e México. Há uma unidade soberana em uma pluralidade de entidades autônomas, que podem criar e reformar as respectivas Constituições dos Estados-membros da federação.⁸⁴

Em segundo, há um poder constituinte supranacional ou internacional. Ele se funda a partir do diálogo com as organizações internacionais, algo não antevisto ou presente na teoria tradicional elaborada por Sieyès, porque, naquele momento histórico, o estado moderno ainda estava surgindo. Em linhas gerais, esse poder constituinte ajuda a criar e reconstruir um Tratado de Integração que cria uma organização de caráter supranacional, que passa a se assemelhar a uma Constituição Transnacional.

Por último, é importante refletir sobre o poder constituinte difuso, ou seja, sobre o fenômeno de um poder constituinte para além das instituições, que não se deixam aprisionar pelo Estado ou pelas organizações internacionais. Há quem aponte a existência de um poder constituinte difuso na mutação constitucional, ou seja, no processo de transformação do sentido das normas sem a modificação do texto ou uma reforma constitucional. Faz sentido pensar em um poder constituinte difuso na medida que existe uma Constituição viva, invisível ou não escrita, oriunda das interpretações dos textos constitucionais.

Poder Constituinte do Estado-membro

São expressões empregadas para se referir a experiência de introdução de Cartas Constitucionais dos entes subnacionais, bem como para re-

84 FERRAZ, Anna Candida Cunha. **Poder constituinte do estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

fletir sobre a reforma dessas Constituições estaduais: poder constituinte derivado decorrente, poder constituinte do Estado-membro, poder constituinte dos estados federados e poder subordinado.⁸⁵

A finalidade do poder constituinte derivado decorrente é estruturar a Constituição dos Estados-membros da federação, ou, em momento seguinte, havendo a necessidade de adequação e reformulação, modificá-la. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal. Quanto a estes princípios, pode-se constatar que são limites à manifestação do poder constituinte derivado decorrente. São eles os princípios sensíveis, os estabelecidos, os extensíveis e o princípio da simetria.

Quanto aos princípios constitucionais *sensíveis*, estes encontram-se expressos na Constituição, apontados ou enumerados, como no art. 34, VII, “a-e”, da Constituição de 1988. Se violados, podem dar ensejo à intervenção federal.

Já os *estabelecidos* são aqueles que limitam, vedam ou proíbem diretamente a ação do poder constituinte decorrente do Estado-membro. Funcionam como balizas reguladoras da capacidade de auto-organização dos Estados, podendo ser extraídos da interpretação do conjunto de normas centrais, dispersas na Constituição etc.

Há também os princípios **extensíveis**. Eles limitam diretamente o poder de reforma e, indiretamente, o poder constituinte decorrente ou do Estado-membro, como aqueles que integram a estrutura da federação brasileira, relacionando-se, por exemplo, com a forma de investidura em cargos eletivos, processo legislativo, orçamentos, preceitos ligados à administração pública etc.

Por fim, o princípio da simetria, criado pela jurisprudência do STF, tem como função limitar o poder constituinte do Estado-membro. Essa restrição opera da seguinte forma: a Constituição Federal prevê um limite ao poder constituinte de reforma ou um desenho institucional destinado à organização do Estado e do poder federal que, pela via interpretativa, deve servir de modelo para o Estado-membro. Em outras palavras, exige-se, sob pena de se considerar inconstitucional, que os Estados-membro da federação e os municípios espelhem ou sejam simétricos ao ente federal.

85 FERREIRA FILHO, Manoel. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 146 e ss.

Poder Constituinte supranacional e internacional

Maurício Andreiuolo problematiza a existência de um Poder Constituinte fora do Estado.⁸⁶ Defende a existência de um Poder Constituinte Supranacional à semelhança do poder constituinte originário. Tendo em vista que este cria e reconstrói a Constituição do Estado nacional, o poder constituinte supranacional cria uma organização internacional por meio de um tratado internacional que passa a exercer um papel análogo ao de uma Constituição. Exemplifica com a UE, construída a partir de um pluralismo de ordenamentos jurídicos, de vontade de integração entre os povos e de um conceito remodelado de soberania compartilhada e de cidadania que não se circunscreve nas fronteiras de um Estado-nação.

Luís Cláudio Coni⁸⁷ chega a pensar em um poder constituinte com a própria comunidade internacional, quando essa auxilia novos estados a redigirem as suas constituições. Coni chega a denominar tais assessores de “missionários constitucionais”. Exemplifica com a intervenção humanitária em Kosovo, quando a ONU, além de enviar os capacetes azuis, enviou observadores internacionais e especialistas que compartilhariam as mesas para redação da nova Constituição.

Poder constituinte difuso ou mutação constitucional

A Constituição também pode “mudar” ou ter o seu sentido modificado sem que haja necessariamente uma alteração na redação ou modificação de algum dispositivo. A isso denomina-se “mutação constitucional”, caracterizada por alguns autores como o “Poder Constituinte difuso”⁸⁸ ou “reforma constitucional de fato”⁸⁹ ou “processo informal de mudança da Constituição”.⁹⁰

86 ANDREIUOLO, Mauricio. **Poder constituinte supranacional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

87 CONI, Luís Cláudio. **A internacionalização do poder constituinte**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006

88 BURDEAU, Georges. *Traité de Science politique*. Paris: Revue française de science politique, v. 4, 1969. p. 246-247 apud BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

89 LEGALE, Siddharta. Superprecedente. **Revista Direito GV**, n. 12, 2016.

90 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

Esse poder não se deixa capturar plenamente nem pelo poder constituinte originário nem pelo poder constituinte derivado. Não está propriamente nos mecanismos ou nas instituições da ordem jurídica em si. Contudo, aparece na aplicação e interpretação da Constituição em sua vida prática.⁹¹

Diferente do Poder de Reforma propriamente dito, a mutação constitucional mantém o texto constitucional intacto, transformando, porém, de forma interpretativa, o seu significado e aplicação. Afinal, a norma constitucional é formada pelo texto e sua interpretação. A alteração da interpretação ou sentido, portanto, importa também modificação da norma constitucional.

São três modos tradicionalmente citados como tipos de mutação constitucional, aos quais adicionamos uma quarta via: (i) interpretação; (ii) costume; (iii) legislação infraconstitucional; (iv) tratados internacionais.

O primeiro modo não diz respeito exclusivamente à interpretação por parte dos órgãos jurisdicionais, mas é neles que há maior relevância. Um exemplo disso ocorreu na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) no 132, na qual se reconheceu a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, em que não há a alteração do texto (art. 226, § 3º, Constituição de 1988), mas sim uma ampliação de sua significação.

O segundo modo trata do costume, aqui definido como fonte de direito constitucional. Georg Jellinek exemplifica com a prática reiterada do parlamento austríaco em se reunir sem que houvesse uma obrigatoriedade para tal, já que as suas reuniões deveriam ser previamente convocadas pela literalidade do texto constitucional. Contudo, a prática das reuniões criou um costume que suplantou a literalidade do texto.⁹²

Além disso, a mutação constitucional também pode se dar por meio da legislação infraconstitucional. Note-se que, em regra, em constituições rígidas, a lei não possui a aptidão para alterar o texto constitucional. A via adequada para reformar a constituição, por exemplo, no Brasil, é a EC, que possui requisitos próprios.

Além desses três tipos clássicos, podemos adicionar uma quarta via

91 BULOS, Uadi Lamego. Costume Constitucional, *Revista de informação legislativa*, n. 131, 1996, p. 95 e ss.

92 JELLINEK, G. *Reforma y mutacion de la constitucion*. Trad. Christian Föster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

de alteração do sentido constitucional *nos* ou a *partir dos* tratados ou convenções internacionais. Denomino isso de *mutação convencional*.⁹³ A partir do momento que um tratado, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, passa a desempenhar um papel análogo à Constituição, sendo um “atracadouro de fontes dos direitos humanos”,⁹⁴ a alteração do seu sentido sem alterar o seu texto, não deixa de ser uma mutação.

É possível exemplificar com duas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Loyaza Tamayo e Tribunal Constitucional – que permitiram o acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que não é permitido pela literalidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sob o fundamento de que o seu Presidente estava conhecendo de ofício as graves violações ao acesso à justiça cometidas pelo Estado do Peru. Houve, em outras palavras, um processo informal de modificação do sentido da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

93 LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. As mutações convencionais do acesso à justiça internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 6. 2017, Costa Rica, p. 83-108. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <https://www.academia.edu/35764630/As_muta%C3%A7%C3%B5es_convencionais_do_acesso_%C3%A0_justi%C3%A7a_internacional_e_a_Corte_Interamericana_de_Direitos_Humanos_-_CONPEDI_COSTA_RICA>. Acesso em: 25 nov. 2018.

94 LEGALE, Siddharta. **A corte interamericana de direitos humanos como tribunal constitucional transnacional**. Originalmente apresentada como dissertação de doutorado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.