



**Universidade de Brasília - UnB**  
**Faculdade de Direito – FD**

**Matheus Machado Rinco**

**A PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO N. 33 DE 7 DE JUNHO  
DE 2011 COMO HIPÓTESE DE RUPTURA CONSTITUCIONAL.**

Brasília  
2014

**A PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO N. 33 DE 7 DE JUNHO DE 2011  
COMO HIPÓTESE DE RUPTURA CONSTITUCIONAL.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Paulo Blair

Brasília

2014

**A PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO N. 33 DE 7 DE JUNHO DE 2011 COMO HIPÓTESE DE RUPTURA CONSTITUCIONAL.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Paulo Blair (Orientador)  
Universidade de Brasília

---

Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo (Membro da Banca)  
Universidade de Brasília

---

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto (Membro da Banca)  
Universidade de Brasília

---

Prof. Dr. Guilherme Scotti (Membro da Banca)  
Universidade de Brasília

Brasília, 1 de dezembro de 2014

## RESUMO

O presente estudo se propõe a explorar a hipótese de que a Proposta de Emenda à Constituição n. 33 de 7 de junho de 2011 constituiria, se aprovada, ruptura constitucional profunda o suficiente para caracterizar a inauguração de novo regime constitucional. Dentre as proposições do projeto, destaca-se a de tornar passíveis de revisão popular as decisões do Supremo Tribunal Federal – STF a respeito da inconstitucionalidade de emendas à constituição rejeitadas pelo Congresso. A realização de tal projeto significaria, na prática, o deslocamento de um modelo de Estado Democrático de Direitos focado em direitos fundamentais e na possibilidade de concretização desses direitos contra interesses majoritários por meio da atuação do Poder Judiciário, para uma democracia em que o ideal majoritário se sobreponha a qualquer outro princípio. A legitimidade dessa mudança é questionada, uma vez que frustra o projeto de democracia desenvolvido e encampado na Constituição Federal de 1988 de sistema em que o Poder Judiciário funcione como órgão contramajoritário e em que o STF seja o guardião da Constituição, inclusive contra o Poder Reformador, com base no instituto das cláusulas pétreas, de maneira que carece da legitimidade democrática necessária para subverter um sistema constitucional, visto não partilhar da mobilização e participação popular presentes na criação da Constituição vigente, bem como não se valer de conjuntura político-social semelhante a de sua edição.

Palavras-Chave: Cláusulas Pétreas, Constituição, Controle de Constitucionalidade, Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Emenda Constitucional, *Judicial Review*, PEC n. 33/2011, Poder Constituinte Derivado, Poder Constituinte Originário, Poder Reformador, Ruptura Constitucional.

## ABSTRACT

This work intends to explore the hypothesis that the Proposal to Amend the Constitution number 33, submitted on June 07, 2011, would, if approved, constitute a constitutional rupture significant enough to actually mean the beginning of a new constitutional system. Special attention must be given to the proposal to make the Supreme Federal Court's decisions about Constitutional Amendments' constitutionality subject to popular review, when rejected by Congress. This would mean a shift from a Constitutional State based on fundamental rights and the possibility to impose them against majoritarian interests through the judicial system, to a democracy where the majoritarian ideal prevails against every principle. This change's legitimacy is questioned as it thwarts the Project of society envisioned in the enactment of the current one, where the Judicial Power works as a contramajoritarian mechanism and the Supreme Court functions as the guardian of the Constitution, even against the Power to Reform the Constitution, by means of immutable clauses, without the necessary democratic legitimacy to overthrow the current Constitution, since lacking equal popular participation to that enjoyed by it.

Keywords: Constitution, Constitutional Amendments, Constitutional Law, Constitutional Rupture, Derived Constituent Power, Fundamental Rights, Immutable Clauses, Judicial Review, Original Constituent Power, Power to Reform the Constitution

Para Divaldo Wiliam Rinco.

Obrigado aos Céus, que até aqui me têm ajudado;  
aos meus pais, que me deram a vida e os meios  
para vencer, e aos companheiros que tornaram a  
caminhada agradável: Bruno, Patrícia, Vinícius e  
William.

*Eu quase que nada não sei. Mas desconfio de muita coisa.*

*Guimarães Rosa*



## Sumário

1 – Introdução.....	9
1.1 – Críticas ao sistema de <i>Judicial Review</i> .....	13
1.2 – Legitimidade do Controle de Constitucionalidade Judicial .....	16
2 – A aprovação da PEC n. 33/2011 como ruptura Constitucional .....	24
2.1 – Ruptura Constitucional na mudança de procedimento de emendas à Constituição .....	27
2.2 – Ruptura Constitucional pela submissão de direitos fundamentais ao processo majoritário .....	30
3 – A ilegitimidade da Ruptura Constitucional que a PEC 33/2011 ocasionaria .....	33
3.1 – O caráter ilegal de toda ruptura constitucional e possibilidade de legitimidade .....	36
3.2 – CF/88 e PEC n. 33/2011 como rupturas.....	37
4 – Conclusão .....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	46

## 1 – Introdução

A atividade do Supremo Tribunal Federal – STF tem chamado a atenção do grande público devido ao julgamento de causas que ou tiveram desfechos propensos a geração de polêmica ou tratavam de temas de grande relevância nacional. O julgamento recente dos réus da Ação Penal 470, em decorrência do esquema de corrupção popularizado pelo nome de Mensalão, é apenas um exemplo dentre as várias situações que levaram a Corte e, conseqüentemente, seus magistrados a se fazerem presentes nas discussões do grande público.

Outro episódio que se destacou foi o que se deu em sede das decisões do STF quanto a constitucionalidade e aplicabilidade, nas eleições de 2010, da Lei Complementar n. 35, de 4 de junho de 2010, que alterou a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990 para determinar como causa de inelegibilidade a condenação, transitada em julgado ou por órgão colegiado, pelos crimes listados na redação dada ao art. 1º, I, “e”, pelo prazo de oito anos – a chamada Lei da Ficha Limpa (Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC n. 29, ADC n. 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 4.578). Além disso, vale mencionar o impacto na esfera pública causado pela decisão unânime da Corte, em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 132, quanto ao reconhecimento dos efeitos jurídicos da união estável homoafetiva.

Tanto as decisões referentes à Lei da Ficha Limpa – pela sua constitucionalidade e não aplicação imediata nas eleições de 2010 – quanto a questão da união homoafetiva, despertaram discussões interessantes sob o enfoque da relação sociedade-Corte.

No caso da Lei Complementar n. 135/2010, era patente a demanda social pela urgência de sua aplicação, em função do papel que a sociedade civil desempenhou na elaboração do projeto de lei que lhe deu origem, bem como da sua compreensão como mecanismo de moralização da política. A decisão do STF de não aplicar naquele momento a nova norma foi recebida com frustração e descrença. Em menor grau e em setores mais específicos da sociedade, a extensão dos efeitos jurídicos da união estável às relações homoafetivas foi compreendida como usurpação pela Corte das prerrogativas do Poder Legislativo, bem como extrapolação do texto constitucional.

Assim, ambas as questões demonstram o papel que a Corte desempenha, muitas vezes, de atuar de maneira contrária aos interesses expressos, ou subentendidos, da maioria da população, seja por meio dos seus representantes eleitos do Congresso Nacional, seja de maneira menos institucionalizada na esfera pública.

Outro ponto de embate entre os Poderes Legislativo e Judiciário interessante de se mencionar é o ocorrido em 2006 com relação à verticalização partidária. Em fevereiro de 2002, o Tribunal Superior Eleitoral – TSE determinou, por meio da Resolução TSE n. 20.993/2002 que interpretou a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, que os partidos mantivessem coerência entre as alianças partidárias travadas com vistas a eleição presidencial e as firmadas para pleitos de cargos eletivos nos demais níveis federativos.

Buscando estabelecer entendimento contrário àquele dado pelo TSE, o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional – EC n. 52, de 8 de março de 2006, que previa não só a reforma do artigo 17 da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988 – CF/88 para desobrigar os partidos da referida verticalização, mas também sua aplicação já nas eleições de 2006. Contra essa última disposição foram propostas a ADI n. 3.685 e a ADI n. 3.686, em sede das quais o Supremo decidiu pela manutenção, nas eleições de 2006, da obrigatoriedade de verticalização. O argumento do Tribunal se fixou no dispositivo constitucional que impossibilita a aplicação de lei modificativa do processo eleitoral em eleições realizadas até um ano da sua data de vigência (art. 16, CF/88).

Essa é outra situação em que se pode notar certa imposição ao Congresso Nacional pelo Supremo de uma interpretação da Constituição. Além disso, esse episódio é um exemplo de que os conflitos entre o Poder Legiferante e a Corte são possíveis e fáticos no desenho institucional brasileiro.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é, desde a Constituição de 1891, jurisdicional. Apesar de essa Constituição ter adotado exclusivamente o sistema de controle difuso por via de exceção, baseado no norte-americano<sup>1</sup>, as cartas posteriores trouxeram paulatinamente elementos do controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade<sup>2</sup>, culminando no modelo sagrado pela CF/88 e emendas posteriores<sup>3</sup>, em que se reconhece a inconstitucionalidade por ação ou omissão do Congresso, combinando os critérios difuso e concentrado, salientando-se a competência do STF no controle concentrado (SILVA, 2011, pp. 50-52).

---

<sup>1</sup> Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, pp. 50-51. A jurisdição constitucional difusa por via incidental se caracteriza pela possibilidade de arguição de inconstitucionalidade unicamente no caso concreto, cuja jurisdição será exercida por todos os componentes do Poder Judiciário.

<sup>2</sup> *Ibid.* Este se caracteriza pelo monopólio da jurisdição constitucional pelo STF, sendo a iniciativa do interessado, de alguma autoridade, ou instituição ou pessoa do povo.

<sup>3</sup> *Ibid.* Destaca-se a introdução da ação direta de inconstitucionalidade interventiva pela Constituição de 1934, da ação direta de inconstitucionalidade pela Constituição de 1946, da ação direta interventiva, no âmbito estadual, pela Constituição de 1969 e, finalmente, da inconstitucionalidade por omissão pela CF/88.

Cabe, aqui, a reprodução do texto constitucional a esse respeito:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O sistema brasileiro baseou-se inicialmente no sistema norte-americano de *Judicial Review* de leis para determinar sua consistência com limitações constitucionais. O controle de constitucionalidade de leis, concentrado e em abstrato pela Corte, gradualmente adotado pelo Brasil ao longo de sua história Constitucional, reflete influências do exemplo da Corte Constitucional alemã. Juntos, os modelos americano e alemão de supremacia judicial serviram de base não só para a brasileira, mas para boa parte das democracias modernas. Esse sistema foi escolhido como forma de resolver o problema de produção democrática de políticas inconsistentes com os limites constitucionais, em detrimento de um em que tal controle seria feito pelo parlamento (TUSHNET, 2009, pp. 18-21).

Entretanto, o controle de constitucionalidade por uma corte desvinculada do processo político-eleitoral e, portanto, não representativo é caracterizado, frequentemente, como mecanismo antidemocrático, sendo sua legitimidade objeto constante de reflexão teórica.

É nesse cenário que se apresenta a PEC 33 de 7 de junho de 2011, que visa, entre outras coisas, modificar a redação constitucional atual para acrescentar os seguintes dispositivos ao texto acima citado:

Art. 102.

[...]

§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional

que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.

A justificação apensada a PEC, de autoria do deputado Nazareno Fonteneles (Partido dos Trabalhadores – PT/PI), descreve, em termos gerais, conflitos entre o Legislativo e o Judiciário, citando, inclusive, a questão da verticalização partidária já mencionada.

A justificativa alega haver indevida expansão do Judiciário sobre prerrogativas do Legislativo e argumenta pela necessidade de se restringir o poder do STF que estaria se excedendo.

A localização dessa PEC em todo o debate aqui subsumido vai muito além da simples questão a respeito de quem deve determinar o sentido da constituição para restringir leis que a violem. Isso, porque, no desenho Constitucional brasileiro, há disposição (art. 60, §4º) que estabelece critérios para posteriores mudanças por parte do constituinte derivado.

Dessa forma, a PEC não pretende avocar ao Congresso a possibilidade de derrubar vetos da Corte a legislações produzidas ordinariamente, mas limitar o poder do Judiciário de determinar interpretativamente o critério para transformação da Constituição que servirá de medida às legislações ordinárias. Trata-se de um projeto de levar primeiro ao Congresso e, em segundo lugar, à população a tarefa de determinar o significado do núcleo central da Constituição, mudando radicalmente o papel da Corte na interpretação constitucional e o balanço da divisão de poderes.

## 1.1 – Críticas ao sistema de *Judicial Review*

Em seu livro *The Dignity of Legislation*, Jeremy Waldron apresenta o argumento de que as bases em que a supremacia judicial se sustenta como instrumento legítimo na democracia frequentemente descansam sobre uma visão distorcida da Legislatura.

Inicialmente, aponta para a ausência de uma teoria filosófica a respeito do processo legislativo. Segundo Waldron, essa omissão, bem como a desconfiança geral para com a Legislatura, se dá devido a uma imagem negativa do processo legislativo, que não é considerado processo político-principlológico de tomada de decisões (WALDRON, 1999, pp. 1-2).

Waldron apresenta como a Legislatura é concebida de maneira negativa o suficiente para que sua expansão seja considerada elemento maléfico ao sistema de *Common Law*, devido à percepção de que as leis editadas não tem raiz e são aprovados precipitadamente<sup>4</sup> (WALDRON, 1999, p. 9). De fato, há aqueles<sup>5</sup> que sequer creem ser correto denominar o produto do processo legislativo de direito, por considerarem mais prudente reservar essa nomenclatura ao que as cortes produzem ao aplicar a lei (WALDRON, 1999, pp. 9-11).

Mesmo os positivistas modernos, cuja escola de pensamento tradicionalmente eleva a legislatura à posição de base do direito, têm concentrado suas análises do direito válido como fruto de processo institucional, na atuação das cortes como instituições de desenvolvimento do direito em detrimento dos órgãos legislativos (WALDRON, 1999, p. 15). Há quem defenda<sup>6</sup>, inclusive, que instituições criadoras do direito não são elementos necessários a caracterização de sistemas jurídicos, ao passo que as instituições de aplicação dessas normas definitivamente o são (WALDRON, 1999, p. 16).

Waldron aponta como essa supressão da legislatura se dá pela maior facilidade de se lidar com órgãos que negam estarem criando o direito do que com aqueles que expressamente declaram fazê-lo. O problema, aponta ele, é que o processo legislativo é excessivamente humano, sendo possível identificar atores claros que participam de um processo decisivo, enquanto o desenvolvimento do sistema legal pelos juízes se funda em uma

---

<sup>4</sup> Cf. Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 9, em citação de Pound, "Common Law and Legislation," p. 404, citando Baldwin, *Two Centuries' Growth of American Law*.

<sup>5</sup> *Ibid*, p. 10, em citação de Langdell, "Dominant Opinions in England During the Nineteenth Century," p. 151.

<sup>6</sup> *Ibid*, p. 16, em citação de Raz, *The Authority of Law*, pp. 87-88.

tradição a ser responsabilizada e que torna o processo de criação de direito anônimo e menos explícito (WALDRON, 1999, p. 24).

Demonstra, ainda, quão parca é a reflexão a respeito do processo legislativo, exemplificando com a imprecisa noção de intenção legislativa que perpassa os discursos de aplicação de normas. Argumenta que não há que se falar em uma vontade unívoca do corpo legislativo, uma vez que esse se constitui de diversas vontades atribuídas a indivíduos que tem cada um deles suas próprias esperanças e expectativas, sendo impossível determinar como se dá a relação de todas essas vontades (WALDRON, 1999, pp. 25 e 27).

Defende que o fato de a filosofia do direito tratar em geral do processo legislativo como produto de um único indivíduo, demonstra como há certa desconfiança de sua natureza plural, refletida no consenso de que o tamanho do corpo legislativo é um obstáculo à produção racional do direito, o que, por sua vez, demonstra um preconceito de que quanto maior o corpo legislativo menor a sabedoria e o conhecimento dos legisladores – que na verdade é um preconceito contra a própria democracia (WALDRON, 1999, pp. 29 e 30-31).

A ideia de que o processo de votação majoritário é arbitrário é um dos argumentos contrários à decisão de questões de justiça pelo Legislativo que Waldron cita. Contudo, alega, o processo de decisão em Cortes Constitucionais também segue um processo de votação majoritária – que conta, inclusive, com menos participantes – para o qual não há qualquer garantia de que a deliberação ou o conhecimento jurídico de seus membros eliminará o problema da discordância entre os partícipes, não havendo que se falar em eliminação da “arbitrariedade” pelo processo discursivo (WALDRON, 1999, pp. 128-129).

Além disso, o processo de decisão por maioria de votos não é arbitrário. Pelo contrário, Waldron argumenta que esse processo pode ser visto como um processo político respeitoso, na medida em que a probabilidade inata de discordância entre as pessoas não diminui depois de um processo deliberativo, e, ainda mais, a discordância a respeito de questões de justiça que tratam da base comum de ação que deve existir na sociedade.

Waldron defende que essa base seja determinada em meio aos desacordos e divergências de um processo de votação majoritária, pois esse não é apenas efetivo, como também respeita indivíduos ao levar a sério a realidade da discordância a respeito de justiça e bem comum, não minimizando o valor de qualquer das opiniões, bem como tratando os indivíduos como iguais no processo de autorização de ações políticas (WALDRON, 1999, pp. 151, 153, 155 e 158).

Outro crítico da generalizada tendência de se atribuir ao Poder Judiciário a palavra final a respeito da Constituição é Mark Tushnet. No sugestivo título *Taking the Constitution away from the Courts*, ele defende a legitimidade do modelo de supremacia legislativa.

Em primeiro lugar, Tushnet questiona a suposição generalizada de que o Poder Judiciário seja instituição independente do processo político majoritário. Assevera que o modelo de Controle de Constitucionalidade tende a simplesmente reforçar aquilo que um movimento político poderia alcançar de qualquer forma fora das cortes, muitas vezes agindo em nome de maiorias nacionais que ainda não articularam suas opiniões suficientemente por meio da legislatura.

Assim, as decisões das cortes, em geral, estão razoavelmente de acordo com o que a coalizão nacional política deseja. Por isso o Controle de Constitucionalidade, nos moldes existentes hoje, não causa tanta diferença quanto se supõe. A qualidade de sua atuação não é suficiente para distingui-la como opção radicalmente melhor que a legislatura (TUSHNET, 2000, pp. 129, 135, 144-145, 152-154).

Além disso, o Controle de Constitucionalidade não pode ser defendida com base na esperança de que produzirá os elevados resultados dela esperados, uma vez que não é possível garantir que os juízes que lhe trarão a cabo agirão apropriadamente (TUSHNET, 2000, p. 163). Muitas vezes o *Judicial Review* serve a interesses políticos de líderes que precisam impor decisões difíceis à outra pessoa, cuja imposição se daria de alguma maneira alternativa caso aquele fosse suprimido (TUSHNET, 2000, p. 173).

O autor argumenta que também não prospera a alegação de que a atuação das Cortes na aplicação da Constituição para suplantam legislações que são produto do processo majoritário é essencial à preservação dos direitos de minorias. Essa visão subestima o processo político e o peso que minorias podem desempenhar e desempenham como importantes peças no jogo de composição de maiorias significativas em disputas acirradas na legislatura majoritária (TUSHNET, 2000, pp. 143, 159 e 160).

Por outro lado, se, como o jurista alega, a supremacia judicial não desempenha a diferença no sistema democrático que supõem seus defensores, sua supressão em favor da supremacia do legislativo não seria tão significativa. Entretanto, o autor encontra razões suficientes para essa mudança, visto que decisões tomadas por legisladores eleitos têm maior justificação democrática do que decisões tomadas por qualquer outro oficial, ainda que o mais consciente.



Além disso, o autor afirma que, empiricamente, quando é dada à Legislatura a tarefa de interpretar a Constituição, essa não tem desempenhado um papel tão ruim quanto a justificativa da imposição de um modelo de supremacia judicial supõe ao imaginar a supressão dos direitos de minorias e relativização das garantias fundamentais.

Para ele, eliminar o Controle de Constitucionalidade seria benéfico pelo menos para devolver ao povo todo o processo decisório a respeito da Constituição, trazendo um substancial fortalecimento da ideia de autogoverno. Outro ponto positivo seria a possível provocação a reflexões sérias a respeito da Constituição fora das Cortes, distribuindo a responsabilidade constitucional entre a população (TUSHNET, 2000, pp. 49, 129, 154 e 174).

## **1.2 – Legitimidade do Controle de Constitucionalidade Judicial**

O sociólogo e filósofo alemão Jürgen Habermas, elaborando a respeito do modelo de sociedade pós-tradicional em que o Estado se justifica unicamente como meio de se fazer valer direitos, alega que a possibilidade de legitimidade do direito reside no fato de este ser produto de processo discursivo de formação de vontade e de opinião em que sua aceitação racional por todos os cidadãos é possível (HABERMAS, 1998, pp. 134-135).

A legitimidade do direito depende, assim, de um processo democrático cuja própria aceitabilidade se funda na sua capacidade de assegurar o caráter discursivo da formação de vontade política, bem como o livre fluxo de ideias, fundamentando a suposição de razoabilidade de seu produto. O direito só pode ser, de alguma forma, entendido por aqueles que a ele estão sujeitos como instrumento de autodeterminação em um cenário como esse (HABERMAS, 1998, pp. 448-449).

A visão de Habermas se estende, ainda, para definir que a possibilidade desse processo discursivo depende da consubstanciação de conjuntos de direitos básicos, decorrentes de ampla concessão de liberdades individuais entre pessoas consideradas iguais, da associação voluntária sob a Lei e da busca de proteção e concretização de direitos, assegurando que haja igualdade entre os sujeitos que se submetem à Lei. Além disso, direitos relacionados à igualdade de participação no processo de formação de opinião, bem como aqueles relacionados à igualdade de condições materiais de vida são condição a identificação dos indivíduos como autores da ordem jurídica a que se submetem (HABERMAS, 1998, pp. 122-123).

Dessa forma, a produção legislativa democrática tem em si tanto o poder de uma vontade intersubjetiva quanto da legitimidade procedimental, condicionando a justiça do resultado à observância do procedimento de criação legislativa. Justifica-se a

prioridade da Constituição sobre a legislação, quando se compreende que a Constituição contém apenas os princípios e condições necessárias a manutenção do processo legislativo democrático, consubstanciando os direitos sem os quais não há que se falar em legitimidade do Estado (HABERMAS, 1998, p. 189).

Os direitos que dão substância ao processo discursivo-democrático precisam ser compreendidos como princípios que não se contradizem, normas de grau maior, universalizáveis, cuja aplicação é generalizada e incondicional (HABERMAS, 1998, p. 255). Compreendida dessa maneira, essa Constituição não só tolera como necessita de um forte modelo de adjudicação judicial que assegure o procedimento democrático e a formação livre de opinião, de modo a que a Corte funcione como tutora do processo (HABERMAS, 1998, pp. 278-279).

Desse modo, ao invés de funcionar antidemocraticamente, como instrumento de criação do direito diferente daquele que seria proposto por representantes eleitos da maioria, a Corte Constitucional interpreta o sistema de direitos fundamentais já existentes na Constituição. Seu discurso não se presta a justificar a adoção de normas, fundamentando-as, mas em proceder à aplicação de normas que são condição à manutenção do desenho institucional em que todos os indivíduos podem igualmente se ver e ser vistos como criadores do direito.

Nesse discurso, decide-se qual das normas existentes e válidas deve ser aplicada. Além disso, porque a Corte funciona como representante da comunidade de direitos, deve executar o discurso de aplicação racionalmente de modo a justificar sua decisão (HABERMAS, 1998, p. 172).

Esse processo interpretativo de normas Constitucionais, que muitas vezes tem caráter criativo, é legítimo, segundo o jurista norte-americano Ronald Dworkin, pois, quando há questões quanto ao conteúdo do direito nos problemas analisados, não se faz julgamentos quanto à conveniência de se aplicar ou não as leis ou a Constituição. Pelo contrário, que a norma deve ser aplicada é fato dado, sendo necessário apenas determinar o que ela já diz quando corretamente interpretada. Assim, as inovações interpretativas que surgem do processo não são a criação de novo direito pelas cortes, mas a determinação do que ele realmente é (DWORKIN, 1986, pp. 5-6).

Como o caráter criativo da interpretação constitucional se volta à concretização no direito dos propósitos que o intérprete a ele impõe a fim de torná-lo o melhor possível, Dworkin caracteriza essa interpretação como construtiva. Para tanto, o intérprete se utilizará de suposições e convicções a respeito do direito, sem, contudo,

ultrapassar os limites da interpretação e passar a criar algo novo, diferente do objeto original (DWORKIN, 1986, pp. 48, 52 e 67).

Dworkin descreve essa tática interpretativa, nomeando-a de integridade, como uma que aceita plenamente a lei e os direitos legais. Ela supõe que o direito deve beneficiar a sociedade não só instrumentalmente, para prover previsibilidade e justiça procedimental, mas assegurando certa igualdade entre os cidadãos. Isso porque direitos e responsabilidades decorrem não apenas do que está explícito em decisões passadas, mas também dos princípios de moralidade pessoal e política que lhes servem de pressupostos (DWORKIN, 1986, pp. 95-96).

Apresenta a integridade como a chave para a melhor interpretação construtiva das práticas do sistema jurídico, especialmente da forma como os juízes decidem o que ele chama de casos difíceis (DWORKIN, 1986, p. 216). Alega que os que a aceitam como ideal de interpretação decidem casos difíceis tentando achar, em um conjunto coerente de princípios a respeito dos direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação construtiva possível da estrutura política e da doutrina jurídica daquela comunidade, tentando torná-la o melhor que ela pode ser (DWORKIN, 1986, p. 255).

Não é dizer que a integridade defendida pelo jurista se limita a atuação interpretativa pelo judiciário. Pelo contrário, a integridade deve estar também presente nos processos decisórios do Legislativo, para que a sociedade se caracterize como forma especial de comunidade que promove sua autoridade moral para assumir e aplicar o monopólio da força coercitiva. A compreensão da comunidade como um agente moral leva a defesa do uso da integridade como princípio na luta contra inconsistências dos atos do Estado personificado (DWORKIN, 1986, p. 184-188).

O princípio de integridade legislativa exige que a legislatura se esforce para proteger, para todos, o que compreende serem seus direitos morais e políticos. A finalidade é que os padrões públicos expressem um sistema coerente de justiça e igual distribuição de poder entre todos (DWORKIN, 1986, p. 221). Mais do que isso, a integridade se coloca como o elemento necessário para determinar o resultado de conflitos que surjam entre esses ideais (DWORKIN, 1986, pp. 177-178).

O compromisso com a integridade se expressa de maneira igualitária o suficiente para basear obrigações comunitárias, providenciando, por meio da assimilação de obrigações políticas com associativas, bases melhores para a legitimidade política (DWORKIN, 1986, pp. 215-216).

Sendo a integridade elemento que perpassa toda a noção de democracia, decisões de cortes constitucionais não podem ser caracterizadas como antidemocráticas por declararem a inconstitucionalidade de leis. A justificação dessa atuação se dá com base na sua adesão a esse princípio, que leva a que seja realizada a serviço do mais consciente julgamento a respeito do que democracia realmente é (DWORKIN, 1986, p. 399).

Além disso, a noção de que a interpretação construtiva da Constituição é de alguma forma antidemocrática por extrapolá-la, pressupõe que obediência constitucional se limite a interpretação do texto e de expectativas do constituinte originário a seu respeito. Entretanto, o conceito de Constituição deve transcender esse entendimento, para incluir na equação os princípios necessários à explicação e justificação dos atos de prática e decisões judiciais que formam a história constitucional como um todo (DWORKIN, 1996, pp. 281-282).

A interpretação constitucional dos princípios abstratos de moralidade política com que os autores da Constituição comprometeram a ordem constitucional deve ser construtiva, levando em conta – e aqui entra a integridade – a história de aplicação desses princípios, bem como o propósito que se vê neles, transcendendo em muito a aplicação concreta que se supõe, muitas vezes sem qualquer mínima possibilidade de segurança, seria dada a eles pelos autores da constituição (DWORKIN, 1996, pp. 293-294).

Analisando as reservas de outro famoso jurista americano – Billings Learned Hand – a respeito da atuação da Suprema Corte no caso *Brown*<sup>7</sup>, Dworkin alega que longe de retirar das mãos do povo as mais importantes decisões morais coletivas, a atuação das cortes possibilita melhor exercício das responsabilidades morais por parte dos cidadãos, pois suas decisões finais, envolvendo valores constitucionais, estão removidas da arena política onde prevalece o peso dos números e de influências políticas, girando, pelo contrário, em torno de princípios.

Esse raciocínio sequer viola a noção de que o governo deve seguir, em geral, aquilo que a maioria das pessoas deseja. Essa ideia se aplica quando se tratam de questões referentes aos interesses da comunidade como um todo, em que os ganhos de alguns grupos compensam as perdas de outros. A mesma natureza de balanceamento não pode, entretanto, prevalecer quando princípios fundamentais estão em jogo.

Nessas hipóteses, é importante que a comunidade participe do discurso democrático, não para que a questão seja decidida conforme o desejo da maioria, mas para

---

<sup>7</sup> Em 1954, a Suprema Corte Americana, unanimemente, declarou inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas baseada na doutrina “separados, mas iguais”.

que se satisfaça a exigência imposta pelo autorrespeito de que o povo participe como parceiros na argumentação moral a respeito das regras sob as quais vive.

Dworkin afirma que deixar que futuro plebiscito ou referendo provoque o debate moral, na maioria das vezes é ineficiente, pois, uma vez que a política normalmente visa acordos em que os grupos de poder conseguem parte daquilo que desejam, não há argumentos morais a respeito de princípios, reduzindo-se a possibilidade de que um debate profundo se concretize.

Quando, porém, a questão é vista como constitucional e a ser decidida pela corte em um processo de aplicação de princípios constitucionais e gerais, a qualidade da discussão na esfera pública é maior, pois se concentra em questões de moralidade política (DWORKIN, 1996, pp. 344-345, 347).

Dissertando a respeito do funcionamento de uma democracia ideal em que todas as consequências do sistema democrático são levadas em conta para sua determinação como tal, Dworkin diferencia entre dois tipos de decisões políticas. De um lado encontram-se aquelas referentes a questões sensíveis a escolha, em que a solução correta, no que se refere à sua justiça, depende das preferências da comunidade política local. Essas questões devem ser decididas pelo exercício do princípio majoritário.

Do outro, estão aquelas relacionadas a questões insensíveis a escolha, cuja justiça independe substancialmente de como a maioria das pessoas a vê (DWORKIN, 2002, pp. 204-205). Segundo Dworkin, porque uma democracia pressupõe a obediência ao princípio igualitário de que o governo deve agir de maneira a tornar a vida dos cidadãos melhor e com igual preocupação com a vida de cada membro (DWORKIN, 2002, p. 183), a escolha de método diverso do majoritário para se desenvolver respostas a essas questões – que ele identifica com questões de princípios (DWORKIN, 2002, p. 205) – deve se justificar não só por promover melhorias, mas pela sua incapacidade de violar os objetivos da política igualitária (DWORKIN, 2002, p. 207).

O autor defende que, na forma como o *Judicial Review* existe hoje nos EUA, não há violação da igualdade de votos nem da valorização igual de todas as pessoas e grupos da comunidade. Semelhantemente, não há violação aos objetivos de agência da democracia (que subjaz toda a noção de democracia representativa). Além disso, o sistema funciona como protetor desses objetivos, pois fornece proteção especial à liberdade de expressão e às outras liberdades que sustentam o ideal de agência moral na política. Ademais, provê fórum de discussão política em que todos os cidadãos possam participar de maneira argumentativa, se quiserem. Desenvolve-se, assim, ambiente de discussão mais conectado às

vidas morais dos indivíduos do que qualquer mecanismo dependente de votações poderia originar. Finalmente, há que se falar que esse fórum dá, ainda, voz às minorias (DWORKIN, 2002, p. 209).

Assim, nessa sociedade igualitária, em que se pressupõe que os membros sejam tratados de maneira igual, impacto e influência políticos não podem ser tratados como recursos a serem divididos, para depois serem reagrupados em uma maioria que os utiliza como instrumento de opressão a minorias, uma vez que política é uma questão de responsabilidade coletiva (DWORKIN, 2002, pp. 209-210). Não há, assim, razão para se considerar necessidade democrática a atribuição da determinação do sentido constitucional a sistemas majoritários, representado pelo Poder Legislativo.

Essa compreensão de Constituição como elemento a ser utilizado contramajoritariamente pela Corte, impedindo que a maioria imponha seus valores morais a minorias, é atacada por argumentos que apelam para a noção de democracia e de comunidade política (DWORKIN, 2002, p. 211).

O primeiro argumento reza que os contornos do ambiente ético de uma comunidade devem ser fixados coletivamente, de maneira a que ou a maioria ou a minoria esteja determinando sua forma. Nesse pensamento, que iguala a comunidade à maioria, essa tem o direito de se utilizar do direito para impor sua visão ética, por ser a maioria (DWORKIN, 2002, pp. 211 e 213).

Esse argumento, entretanto, não prospera, visto que nem todas as decisões democráticas devem ser decididas de maneira a que apenas uma das partes seja contemplada. Pelo contrário, o ambiente econômico oferece exemplo que exige, para haver justiça, a sucessão do exato contrário, de modo que a propriedade seja distribuída de maneira igualitária, permitindo que cada indivíduo tenha sua fatia nele (DWORKIN, 2002, pp. 213-214).

Na verdade, se o ambiente ético for determinado por decisões individuais no contexto de distribuição justa de recursos, então se elimina o argumento de que a maioria tem o direito de suprimir do ambiente ético tudo aquilo que crê ser prejudicial. Restringe-se o impacto de cada membro da maioria a sua influência individual, que é igual a de qualquer outro indivíduo. Nesse esquema, também o impacto da minoria é restringido para equivaler ao impacto que seus números e preferências justificam, por meio da restrição de comportamentos potencialmente ofensivos a espaços especiais ou privados, o que, entretanto, é completamente diferente de retirar de minorias qualquer possibilidade de impacto na esfera ética (DWORKIN, 2002, p. 214).

Outra crítica a atuação contramajoritária da Corte é a de que a determinação do sentido constitucional, mesmo em questões que possam envolver possível supressão dos direitos da minoria, pode ser determinada por consulta popular. Isso, porque a noção de comunidade exige que cada indivíduo se preocupe não só com o seu bem-estar, mas com o de todas as pessoas, de modo que a atuação da maioria que, porventura, resulte em desvantagens à minorias é justificável, pois a maioria o faz com o bem daquelas em mente.

A oposição a essa ideia se estabelece no sentido de que não há que se falar em contribuição e melhoria para a minoria por meio de imposição de valores que essa não aprova. Da mesma forma, é improvável que alguém possa viver melhor em um ambiente que lhe obriga a contrariar suas convicções éticas do que em um que lhe permita viver em consonância com elas. Mesmo a ideia de que uma doutrinação a fim de que membros da minoria compreendam como melhor para si o que a maioria lhe impõe é questionável se os mecanismos para tanto impossibilitam ou diminuem a capacidade de reflexão crítica a respeito da mudança (DWORKIN, 2002, pp. 216-218).

Esse trabalho não objetiva dar uma resolução definitiva ao debate teórico a respeito da conveniência de se adotar o modelo de supremacia judicial ou legislativo. Também não busca exaurir a descrição dos argumentos que têm apenas se estendido e complexificado ao longo do tempo. Os pontos trazidos são importantes na medida em que demonstram que a escolha brasileira pelo modelo de supremacia judicial, apesar de não estar infenso à críticas, encontra legitimidade na teoria constitucional.

Dworkin aponta que o conceito de democracia é abstrato e aberto o suficiente para não determinar necessariamente quão livres os oficiais, eleitos ou não, devam ser para mudar o arranjo constitucional sob o qual exercem suas atividades ou se a constituição deva impor limites ao poder desses oficiais de mudá-la (DWORKIN, 2002, p. 185). Os argumentos trazidos das teorias dos trabalhos de Waldron e Tushnet têm peso suficiente para justificar uma escolha pela supremacia do legislativo.

Por outro lado, o próprio Tushnet, que, em *Taking the Constitution away from the Courts*, oferece críticas tão severas ao modelo de supremacia judicial, assume tons mais amenos no tratamento que dá ao tema em sua outra obra *Weak Courts, Strong Rights*.

No estudo de uma forma alternativa de balancear essa tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário, vivenciada no Canadá, na Nova Zelândia e no Reino Unido, em que há mecanismos que tornam possível rejeição da interpretação judicial da Constituição, a que Tushnet denomina de *Weak Form Judicial Review* (Forma Fraca de Controle de

Constitucionalidade) – em contraste com o modelo de Controle de Constitucionalidade americano a que nomeia de forte (TUSHNET, 2009, pp. 23-24, 33), ele analisa a possibilidade de o sistema de Controle de Constitucionalidade Fraco se tornar, por meio de sua aplicação, um sistema de Controle de Constitucionalidade Forte.

Alega que tal processo não é necessariamente incompatível com as ideias de uma democracia, desde que esse processo tenha apoio popular. Segue que mesmo a escolha de tal modelo *ab initio* também pode ser legítima, desde que haja apoio popular, da mesma maneira suposta na evolução de um para o outro. De fato, ele argumenta que o modelo forte de Controle de Constitucionalidade pode, legitimamente, ser escolhido por uma nação comprometida com o constitucionalismo e com o autogoverno democrático (TUSHNET, 2009, pp. 66 e 71).

Além disso, o debate a que se fez referência nesse capítulo é importante para demonstrar a complexidade e a profundidade da questão da supremacia sobre o sentido da Constituição. Não se trata de simples questão política a ser decidida nos moldes da legislatura ordinária, nem mesmo pelo exercício da Corte de uma interpretação que leve em conta a integridade.

A determinação de elemento tão essencial do sistema jurídico é resultado de processo histórico de conquista e determinação de direitos fundamentais, de modo que mudanças radicais nesse âmbito precisam ser tratadas em uma reflexão crítica a respeito da história daquela nação com o modelo de Controle de Constitucionalidade. O caso brasileiro é ainda mais complexo se se compreende que há barreiras jurídicas textualmente instaladas na Constituição de um modelo determinado de *Judial Review* (TUSHNET, 2009, p. 74).



## 2 – A aprovação da PEC n. 33/2011 como ruptura Constitucional

A proposta de emenda a Constituição analisada visa a um rebalanceamento entre os Poderes Legislativo e Judiciário devido ao que percebe como uma expansão ilegítima do Judiciário sobre as competências do Legislativo. Para isso, determinaria mudanças nos procedimentos de atuação da Corte para anular atos legislativos do Congresso, bem como na edição de súmulas vinculantes.

Questiona-se, assim, se essa proposta de transformação é significativa o suficiente para caracterizar mais do que uma emenda regular à Constituição, uma mudança tão fundamental da estrutura do arranjo constitucional a ponto de determinar-se como ruptura com o modelo constitucional desenhado em 1988, para, na prática, poder ser considerada a inauguração de novo regime constitucional.

De especial interesse para essa hipótese é a proposta de mudança do processo de aferição da constitucionalidade de emendas a Constituição. O modelo atual, eleito pelos constituintes, determina (art. 60, §4º c/c art. 102, §2º, Cf/88) que qualquer emenda pode ter sua constitucionalidade avaliada frente a um núcleo central de valores políticos e democráticos, cuja mera tendência à abolição torna a emenda inconstitucional, *in verbis*:

[...] § 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.

[...]§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O Constituinte Originário apontou o STF como o órgão responsável pela avaliação da constitucionalidade de emendas frente a esses critérios, denominados pela teoria constitucional de cláusulas pétreas.

A PEC propõe que esse controle realizado pelo Supremo deixe de ser absoluto e definitivo, devendo o STF, quando da declaração de inconstitucionalidade de uma emenda, encaminhar o feito a apreciação do Congresso Nacional que, discordando da posição da Corte, submeterá a controvérsia à consulta popular.

O significado dessa transformação para o arranjo Constitucional brasileiro extrapola a mera questão procedimental, para determinar mudanças substanciais no conteúdo material da Constituição.

O projeto de Constituição engendrado pelo Constituinte Originário não é – como, de fato, não poderia ser, uma vez que a Constituição precisa ser um projeto aberto para o futuro – estático e imutável. Pelo contrário, um processo de emenda a Constituição foi desenvolvido de modo a poder atualizá-la de acordo com as necessidades políticas e modernas da sociedade brasileira, reconhecidamente mutáveis e sujeitas a transformações.

Dessa forma, ao Poder Legislativo foram delegadas competências para transformar a Constituição, na qualidade de Constituinte Derivado ou Poder Reformador, por meio de procedimento especial, diferindo da legislatura ordinária quanto ao quórum e ao número de votações.

Aprouve, porém, limitar essas competências por meio das referidas cláusulas pétreas. A Constituinte julgou que os ideais políticos cristalizados no art. 60, § 4º, CF/88 eram tão centrais ao seu projeto de Estado Democrático de Direito que qualquer emenda tendente a aboli-los não poderia ser considerada em conformidade com ele.

Além disso, decorre logicamente que esse procedimento de emendas a Constituição imaginado pelo Constituinte Originário, bem como os processos de avaliação dessas emendas, estão incluídos, ainda que implicitamente, no rol desses fundamentos imutáveis da Constituição. É essa a compreensão do professor José Afonso da Silva, quando elenca as três limitações materiais implícitas ao poder de reforma constitucional:

“as concernentes ao titular do poder constituinte”, pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio reformador;

“as referentes ao titular do poder reformador”, pois seria despautério que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário;

“**as relativas ao processo da própria emenda**”, distinguindo-se quanto à natureza da reforma, para admiti-la quando se tratar de tornar mais difícil seu processo, não a aceitando quando vise a atenuá-lo. (*grifo nosso*, SILVA, 2011, p. 68)

Esse autor ainda explica que as categorias de normas constitucionais acima citadas “estariam implicitamente fora do alcance do poder de reforma”, pois “se pudessem ser mudadas pelo poder de emenda ordinário, de nada adiantaria estabelecer vedações circunstanciais a esse poder” (SILVA, 2011, p. 68).

A aprovação dessa emenda, em primeiro lugar, feriria, pelo menos, essa cláusula pétrea implícita a respeito do procedimento de mudança à Constituição. Apesar de

não significar expressamente que será possível emendá-la em violação a essas cláusulas, a proposta da PEC torna a decisão a respeito da inconstitucionalidade de emendas dependente do Congresso e da vontade popular, alterando significativamente o projeto de Constitucionalismo presente na CF/88, que deu preeminência ao controle de constitucionalidade abstrato e concentrado por parte do STF.

O efeito mediato de tal mudança, entretanto, é ainda mais complexo. Visto que, diante da possibilidade de se emendar a Constituição para dar a ela qualquer sentido diferente daquele proposto pela Corte Constitucional, tira-se, se não de direito, de fato, a possibilidade de essa declarar a inconstitucionalidade definitiva de qualquer ato do Congresso ou de outros oficiais que violem direitos individuais, a separação de poderes, ou qualquer outra das cláusulas pétreas, visto que a Constituição poderá ser emendada de modo a que o entendimento da Corte a respeito de seu significado seja subvertido.

Há, assim, um efeito duplo de neutralização da Corte quanto à aferição da constitucionalidade de emendas e de esvaziamento da aferição de constitucionalidade de outros atos do governo.

Na melhor das hipóteses trata-se de mudança radical do mecanismo de controle constitucional e, na pior delas, sua abolição total em favor de uma Constituição perpetuamente mutável em qualquer direção que o sentimento popular, referendável pela iniciativa do Congresso, deseje.

É interessante notar que, analisando a atribuição pela Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999 de competência para modular os efeitos de suas decisões ao Supremo Tribunal Federal, apontou-se que se trata de violação de série de dispositivos constitucionais, representando

“a tentativa de uma alteração do sistema de controle judicial de constitucionalidade de leis e de atos normativos que fere o modelo constitucionalmente previsto e coloca em risco o caráter de suprallegalidade da Constituição” (OLIVEIRA, 2012, p. 224).

Ora, se a mencionada competência de modular os efeitos de suas decisões a respeito de inconstitucionalidade de normativos, exercida pelo próprio Supremo, foi tida como esvaziamento da suprallegalidade constitucional, em virtude da relação entre o Supremo e o governo, em que aquele costuma ceder às pretensões transformadoras desse, quanto mais à retirada total da possibilidade desse controle pelo Supremo, que de fato se operaria com a aprovação da PEC n. 33/2011, não significaria a subversão desse sistema.

Tem-se, assim, com os parágrafos que a PEC n. 33/2011 pretende inserir no artigo 102 da Constituição, a possibilidade de abandono total da função das

cláusulas pétreas como elementos de estabilização da Constituição, como mecanismos necessários à identificação do projeto de democracia e sociedade desenvolvido após a Edição da CF/88 com o inicialmente idealizado na Constituição.

## **2.1 – Ruptura Constitucional na mudança de procedimento de emendas à Constituição**

Nesse sentido vale o apontamento de alguns elementos da teoria constitucional de Bruce Ackerman, que critica a narrativa tradicional imposta pela maioria dos teóricos do direito à história constitucional americana. A crítica de Ackerman se dirige a avaliação feita a respeito dos três grandes momentos históricos de formação da identidade constitucional americana: a Fundação – com a edição da Constituição (1787), a Reconstrução – com a edição das emendas resultantes do processo que envolveu a Guerra Civil americana (finalizada em 1865) e o *New Deal* – por meio do qual o Estado de bem-estar social se consolidou constitucionalmente nos EUA da década de 1930 (ACKERMAN, 2006, pp. 54-55).

Seus apontamentos se dirigem à valoração dada aos momentos da Reconstrução e do *New Deal*, de modo que enquanto este é tradicionalmente considerado como mero redescobrimento dos princípios defendidos pelos fundadores, aquela é vista como realizada por meio da edição de emendas ordinárias à Constituição, de acordo com as normas formais de reforma constitucional estabelecidas pelos fundadores (ACKERMAN, 2006, pp. 58-59).

Para Ackerman, entretanto, esses momentos foram todos marcados por um caráter inovador e de ruptura com o regime constitucional anterior. Tanto a Reconstrução, quanto o *New Deal*, foram momentos de criação de “nova estrutura institucional por meio da qual o povo americano pudesse definir, debater e, finalmente, decidir sobre o seu futuro constitucional” (ACKERMAN, 2006, p. 65). Para ele, ambos os momentos “surgem como contemporâneos dos Fundadores federalistas na elaboração de processos novos de criação da lei maior e de soluções substantivas em nome do povo dos Estados Unidos” (ACKERMAN, 2006, p.81).

A Reconstrução caracterizou uma reestruturação da União a partir do zero, uma vez que o processo para edição de emendas a Constituição inicialmente previsto no texto constitucional e imaginado pelos fundadores foi redesenhado a partir da 14ª Emenda<sup>8</sup>,

---

<sup>8</sup> Adotada em 9 de julho de 1868, a emenda, além das inovações ao processo de emendas à Constituição Americana inerentes à sua própria adoção, entre outros dispositivos, assegurou igualdade entre todos os cidadãos, independente de raça.

determinando-se um papel secundário aos estados e expandindo o poder de outras instituições nesse processo. Assim, na Reconstrução, a separação nacional de poderes foi convertida em alternativa ao sistema federalista de controle de constitucionalidade. De maneira semelhante, o processo de aprovação da 13ª Emenda<sup>9</sup> introduziu o modelo de liderança presidencial que determina a cooperação mútua entre Presidente e Congresso na sanção de uma emenda constitucional (ACKERMAN, 2006, pp. 62-63).

O processo de aprovação da 14ª emenda é relevante para o objeto desse trabalho, porque era a intenção da oposição utilizar-se do veto, concedido inicialmente pela Constituição a um quarto dos estados, para impedir sua aprovação. Contudo, os republicanos, que encamparam essa emenda, a ratificaram de uma maneira diferente, dando expressão ao novo valor nacionalista fortalecido após a Guerra Civil. Nesse sentido “(...) o povo dos Estados Unidos reconstruiu todo o processo de criação da lei suprema para que se fizesse claro que a vontade da nação fosse independente e superior à vontade dos Estados” (ACKERMAN, 2006, p. 111).

Ackerman aponta ainda as diferenças na relação entre as instituições nos regimes constitucionais vividos pelos EUA após a Fundação e no período que ele denomina de República intermediária – se referindo ao arranjo constitucional após a Reconstrução e anterior à consolidação do *New Deal*. Nesse período, houve o crescimento substancial, de fato a consolidação real, da revisão de leis com base na Constituição pela Corte, que antes o fizera em quantidade muito menor – apenas duas vezes, bem como a mudança do papel do Presidente no arranjo constitucional e do uso do veto como instrumento de governabilidade (ACKERMAN, 2006, pp. 81 e 86, 93-94).

Da mesma maneira, alega que uma das transformações trazidas pelo *New Deal* foi a definição do papel da Suprema Corte no processo de mutação constitucional, que substituiu o molde formal de produção de emendas, quando da elaboração de uma nova visão constitucional ativista por meio de uma série de opiniões transformadoras emitidas pela Corte (ACKERMAN, 2006, p. 70).

Inegavelmente, a introdução de novos princípios substantivos a Constituição, a mudança das relações entre as instituições democráticas e a reestruturação do processo de emenda à Constituição são, para Ackerman, suficientemente importantes para caracterizar um ato de criação constitucional (ACKERMAN, 2006, p. 64).

---

<sup>9</sup> Aprovada em 31 de janeiro de 1865, a emenda aboliu oficialmente a escravidão no território americano.

Em sua comparação entre as Emendas 26<sup>a</sup> – que unicamente assegurou o direito de voto aos maiores de 18 anos – e 14<sup>a</sup>, Ackerman aponta, como modo de diferenciação entre emendas ordinárias e emendas consideradas como atos de criação constitucional, como essas servem de foco organizacional da política constitucional, enquanto aquelas unicamente constitucionalizam leis (ACKERMAN, 2006, pp. 125-126).

Ele caracteriza emendas transformadoras como as que

“não almejam simplesmente a modificação em algumas poucas normas de natureza constitucional. Elas representam a expressão culminante da crítica ao *status quo* de uma geração inteira – uma crítica que finalmente conquista o apoio popular de uma maioria mobilizada do povo norte-americano” (ACKERMAN, 2006, p. 129).

Por essa razão, pode-se caracterizar a hipótese de aprovação da PEC n. 33/2011 como um ato dessa natureza. O processo brasileiro de aprovação de emendas à constituição, elaborado pela Constituinte, envolve, necessariamente, a possibilidade de sua invalidação absoluta pela Corte Constitucional com base nos critérios estabelecidos como cláusulas pétreas.

Dessa forma, o Constituinte estabeleceu sistema de Separação de Poderes em que a guarda da Constituição – inclusive contra o Poder Reformador – cabe ao órgão máximo do Poder Judiciário. A mudança entalhada na PEC pretende deslocar a prerrogativa de guarda e determinação do sentido da Constituição para atender a ideais de democracia que tem como pressuposto a supremacia do Poder Legislativo e do princípio majoritário.

Significaria, na realidade, a reestruturação desse processo de maneira profunda o suficiente para caracterizar um novo regime constitucional, uma vez que passaria a atribuir a última palavra a respeito da Constituição a um processo de manifestação da vontade popular.

Além disso, fica claro que a relação entre as instituições também seria drasticamente redesenhada. A relação que esse instrumento estabelece entre os Poderes Legislativo e Judiciário seria completamente modificada pela neutralização do controle de constitucionalidade de emendas e o consequente esvaziamento do controle de constitucionalidade de outros atos normativos.

## **2.2 – Ruptura Constitucional pela submissão de direitos fundamentais ao processo majoritário**

Além do aspecto procedimental, a mudança do regime constitucional nesse sentido caracterizaria um deslocamento de um modelo constitucional centrado em direitos fundamentais como condições para a democracia, para um centrado no princípio majoritário.

Descrevendo o sistema constitucional americano, no qual inegavelmente o brasileiro se espelhou, Dworkin escreve que a teoria constitucional americana não se baseia apenas no princípio majoritário, visto que a Constituição existe para proteger indivíduos de certas decisões da maioria – mesmo que essas decisões sejam tomadas com o bem comum em mente. A justificação para essa atuação antimajoritária está no reconhecimento e proteção de direitos morais dos indivíduos pela constituição (DWORKIN, 1978, p. 133).

Teorias baseadas em direito tem o indivíduo em seu centro, se importando com sua independência acima de tudo, de modo que códigos de conduta são importantes de maneira instrumental para proteger os direitos alheios, dos quais, quando considerados em relação uns aos outros, alguns serão considerados como fundamentais (DWORKIN, 1978, pp. 171-172).

A aquiescência ao ideal majoritário torna a própria ideia de direitos e garantias fundamentais desnecessária. Se o argumento pró-supremacia da maioria se baseia na ideia de igual repartição de influência de todos os cidadãos, então este, propriamente entendido, demanda que a maioria só tenha sua disposição das minorias restringida quando aceite os princípios com base nos quais essa limitação se dá. Nesse caso, qualquer restrição à maioria, por meio de princípios aos quais adere, seria desnecessária, visto que ela já consideraria imoral a violação desses princípios.

Além disso, deve argumentar que esse ideal sempre se sobrepõe à justiça quando houver conflito entre eles. Nessa hipótese, qualquer restrição da maioria com base no ideal de justiça não seria legítima, visto que sua supremacia sempre se sobrepõe a demandas de justiça (DWORKIN, 1986, p. 376).

Não é justo que decisões sobre direitos de minoria contra maioria sejam deixados à decisão de maiorias, de acordo com a teoria Constitucional de que a maioria deve ser restringida para proteger direitos individuais, sendo incoerente que a maioria julgue em sua própria causa (DWORKIN, 1978, p. 142).

Depreende-se, da exposição de Dworkin, que atribuir à maioria a função de interpretação da Constituição torna, na realidade, sua existência como instrumento de proteção de direitos supérflua.

Vale ressaltar que a aprovação da PEC n. 33/2011 pode significar, então, a abolição de um sistema cuja escolha inicial fora por um constitucionalismo em que há proteção de minorias, com direitos fundamentais a serem opostos mesmo contra o bem geral, e quanto mais contra a “vontade” geral, em favor de um sistema radicalmente diferente.

Assim, além de transformar o próprio processo de verificação de emendas à Constituição, a aprovação desse dispositivo da PEC em estudo seria ela mesma tendente à abolição dos direitos e garantias individuais, pelo menos nos moldes que a proteção desses direitos foi idealizada pelo Constituinte Originário.

Nesse sentido, vale mencionar o apontamento de Fábio Konder Comparato em situação que, apesar de diferente, guarda semelhança com o caso em estudo. Afirmou, assim, a respeito da Constituição que não se defende das imposições de sentido governamentais:

A única razão de ser de uma Constituição é proteger a pessoa humana contra o abuso de poder dos governantes. Se ela é incapaz disso, porque o governo dita a interpretação de suas normas ou **as revoga sem maiores formalidades**, seria mais decente mudar a denominação – “o Presidente da República, ouvido o Congresso Nacional e consultado o Supremo Tribunal Federal, resolve: a Constituição da República Federativa do Brasil passa a denominar-se regimento interno do governo” (*grifo nosso*, citado em OLIVEIRA, 2012, p. 193).

Compreender essa mudança como simples emenda a Constituição é simplificar o debate a respeito da determinação do sentido constitucional, da última palavra a respeito da Constituição. Trata-se de mudança tão estrutural e de mecanismos tão intrínsecos ao modelo constitucional brasileiro, tanto textual e interpretativamente, quanto em sua construção ao longo da história constitucional brasileira, que a hipótese de constituir de fato uma nova ordem constitucional deve ser levada em consideração.

Não seria a primeira vez que uma emenda a Constituição significaria, na realidade, edição de nova Constituição. As mutações causadas pela edição da Emenda Constitucional n. 1 de 1969 à Constituição de 1967 foram tão significativas que a teoria constitucional a trata como uma constituição em si mesma (SILVA, 2011, p. 87). Longe de defender a legitimidade da Constituição de 1967, fruto de um golpe civil-militar que pôs abaixo o Estado Democrático de Direito previsto na Constituição Federal de 1946, o fato é



que aquela emenda não apenas reformou a Constituição anterior, mas rompeu com ela de tal maneira que seu produto foi outra Constituição. Tratou-se, na realidade, de outro golpe dentro do próprio Estado autoritário, levando ao seu endurecimento.

### **3 – A ilegitimidade da Ruptura Constitucional que a PEC 33/2011 ocasionaria**

Tratar a hipótese de aprovação da PEC 33/2011 como ruptura constitucional no nível proposto leva ao questionamento de sua legitimidade. O processo de edição de novas constituições é tradicionalmente entendido como legítimo quando fruto de uma assembleia nacional constituinte, em que há pleno entendimento a respeito das atribuições do Poder Constituinte Originário, democraticamente eleito.

Ackerman, em sua análise histórica do desenvolvimento da Constituição e da prática constitucional estadunidense, elabora a respeito de seu modelo que julga como melhor representante do espírito da Constituição dos Estados Unidos, a que nomeia “democracia dualista” (ACKERMAN, 2006, p. 6).

A principal distinção determinada pela constituição dualista é entre dois tipos de decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. O primeiro tipo, mais raro, é tomado pelo povo em um processo constitucional especial em que os membros de um movimento político, para poderem falar em nome do povo, precisam convencer boa parte da população em um processo discursivo extenso e qualificado. As decisões tomadas pelo governo, cotidianamente, na qualidade de representantes eleitos para realização do interesse público que deverão prestar contas de suas ações no processo eleitoral comprazem o segundo tipo de decisões. Essas decisões têm limitações no fato de não poderem subverter as decisões da primeira categoria (ACKERMAN, 2006, p. 7).

Nessa visão, a Suprema Corte americana não atua de maneira antidemocrática ao invalidar leis produzidas pelo processo legislativo regular, sendo, pelo contrário, mecanismo indispensável à democracia pra a preservação das conquistas da cidadania mobilizada contra investidas das decisões do governo que procurem erodi-las (ACKERMAN, 2006, p. 12).

Se essa distinção entre decisões tomadas pelo povo e tomadas pelo governo pode ser aplicada ao modelo constitucional brasileiro, compreende-se que as decisões tomadas pelo Constituinte se encaixam no primeiro modelo de decisão, enquanto a legislatura ordinária e o processo de emendas a Constituição, dentro dos limites estabelecidos pelo Constituinte Originário, comprazem o segundo.

De fato, é interessante notar que José Afonso da Silva, em sua já citada enunciação a respeito dos limites materiais implícitos ao Poder Reformador, caracteriza-as como necessidade lógica de um sistema em que o poder ordinário de emenda é, de alguma

forma, limitado (SILVA, 2011, p. 68). Do mesmo modo, Ackerman, criticando o entendimento tradicional a respeito das emendas da Reconstrução, aponta como são majoritariamente entendidas como de caráter ordinário, devendo “sua legalidade à conformidade com as normas formais de revisão constitucional”, quando na realidade significaram verdadeiras rupturas com os momentos constitucionais anteriores – conforme anteriormente exposto (ACKERMAN, 2006, p. 59).

Cabe aqui pequeno *excursus* a respeito da aplicação da teoria de Ackerman ao caso brasileiro. Ao longo desse trabalho, tratou-se do modelo constitucional brasileiro de proteção aos direitos fundamentais sob a ótica da teoria constitucional e interpretativa de Ronald Dworkin.

Analisando a diferença entre sua teoria dualista e outras correntes de pensamento constitucional, Ackerman apresenta sob a alcunha de fundamentalistas de direitos os autores que defendem ser a Constituição dos EUA primordialmente voltada à proteção de direitos, de modo que os anseios populares são limitados por compromissos e direitos fundamentais (ACKERMAN, 2006, p. 13). A diferença entre essa visão da Constituição Americana e a dualista se encontra no fato de que esta tem no povo a maior autoridade nos Estados Unidos, advogando, portanto, para a primazia da soberania popular (ACKERMAN, 2006, pp. 13-14). Dworkin, bem como o filósofo com quem este mantém diálogo em suas obras, John Rawls, tem sua teoria classificada por Ackerman como fundamentalista de direitos (ACKERMAN, 2006, p.13).

Pode-se diferenciar os dois autores no sentido de que enquanto Ackerman afirma que a soberania popular e a democracia dão origem aos direitos fundamentais, Dworkin compreende que esses direitos devem ser pressupostos para que a democracia possa existir de forma legítima.

Ackerman compreende, em sua análise da natureza da Constituição Americana, como direitos fundamentais apenas aqueles de natureza procedimental, que possibilitam o reconhecimento de cada indivíduo em uma conversação política. Nessa visão, a Constituição, antes de assegurar direitos, é democrática (ACKERMAN, 2006, p. 17).

Dworkin, por sua vez, atribui “à Constituição a tarefa primordial de proteger direitos fundamentais contra eventuais decisões majoritárias” de modo que “a soberania popular deve ser limitada por um compromisso inalienável com os direitos fundamentais” (CITTADINO, in ACKERMAN, 2006, p. xx).

Não é o objeto deste trabalho desenvolver ou se posicionar nesse debate, apesar de haver explícita tendência a se coadunar com a posição liberal de Dworkin.

Entretanto, a tensão que permanece entre as duas formas de se enxergar a Constituição e a democracia americanas pode ser minimizada para aplicação dessas teorias no presente estudo.

Isso, principalmente, visto que a Constituição brasileira, objeto de nossa análise, tem em si a escolha do povo soberano de que a Constituição seja instrumento de proteção de direitos fundamentais. Essas disposições tornam menos relevante a questão a respeito da precedência dos direitos fundamentais à democracia, uma vez que, tem-se, nos limites impostos à reforma constitucional nas cláusulas pétreas, se não a pressuposição, pelo constituinte, de certos direitos substantivos como condição à democracia, sua determinação como essenciais à democracia brasileira.

Nisso, a CF/88 se assemelha à Constituição Alemã, que explicitamente proibiu a revisão constitucional de uma série de direitos humanos fundamentais. Ackerman chega a afirmar que, em uma constituição fundamentalista de direitos como essa, se “a vontade popular insistir em relativizar algum desses direitos expressamente protegidos, **seria obrigada a substituir toda a constituição por uma nova**” (*grifo nosso*, ACKERMAN, 2006, p. 19).

Destacando a diferença entre o modelo alemão e o estadunidense, Ackerman, inclusive, expressa crer ser uma ideia válida impedir a revisão de direitos por maiorias, mas que, infelizmente, esse não é o caso americano (ACKERMAN, 2006, p 21). Contudo, esse é o caso brasileiro, cuja Constituição vigente não só declara expressamente direitos e garantias individuais, em seu segundo título, como também os torna, juntamente a outros tópicos, infensos a proposta tendente a aboli-los (art. 60, § 4º, IV, CF/88).

Parece haver, aqui, possibilidade de convivência entre as teorias de Ackerman e Dworkin, ainda que precária e instrumental na análise do objeto da investigação a que esse trabalho se propõe (ACKERMAN, 2006, p. 44).

Pode-se, assim, traçar, com certa segurança, equivalência entre as decisões tomadas pelo Constituinte Originário que editou a CF/88 e as decisões que Ackerman nomeia como populares na democracia dualista americana. Da mesma forma, todas as incumbências legislativas outorgadas pelo Constituinte, incluindo o Poder de Reforma Constitucional, equivalem às decisões tomadas pelos políticos de maneira cotidiana enquanto o povo como agente soberano encontra-se impossibilitado de agir diretamente pela dificuldade de os cidadão manterem-se todo o tempo comprometidos com o processo de deliberação política (CITTADINO, *in* ACKERMAN, 2006, p. xviii).

Podem-se, então, compreender as cláusulas pétreas como mais um mecanismo de preservação das conquistas constitucionais do momento de criação

Constitucional em que houve participação popular mobilizada e seriamente pensada. Na realidade, são elas que tornam esse controle possível ao STF quando se trata das transformações operadas pela política cotidiana sobre a própria Constituição.

### **3.1 – O caráter ilegal de toda ruptura constitucional e possibilidade de legitimidade**

Pode-se, assim, compreender que há uma distinção entre emendas ordinárias à constituição e emendas que fujam aos padrões estabelecidos pelo arcabouço constitucional que as sustenta e a que visam transformar. A diferença que Ackerman propõe entre emendas constitucionais ordinárias e “extraordinárias” está na sua legalidade frente ao sistema que transformam.

Ele aponta que os momentos da história constitucional americana de profunda transformação – Fundação, Reconstrução e *New Deal* – tiveram, todos, elemento de ilegalidade com relação ao momento constitucional anterior. Enquanto essa ilegalidade é reconhecida e considerada como fundamental para a que a Convenção Constitucional de 1787 seja o marco fundante do constitucionalismo americano, o elemento de inovação e criação constitucional, procedimental e substancial dos outros dois momentos é ignorado, considerando-se os momentos ou em total acordo com o procedimento de emendas a Constituição, nas emendas à Constituição adotadas após a Guerra Civil Americana, ou mera redescoberta dos ideais dos fundadores, na consolidação do Estado de bem-estar social (ACKERMAN, 2006, pp. 58, 60-61).

Entretanto, nem toda ruptura/ilegalidade constitucional que dá origem a nova Constituição ou regime constitucional é ilegítima. Na verdade, é nesse esquema que os conceitos de decisão/democracia popular e sintetização de Ackerman surgem.

Que a participação e o aval popular aos processos de drástica transformação constitucional são necessários para legitimar o(s) representante(s) do povo a tomar decisões em seu lugar e não como meros governantes é demonstrado por Ackerman em sua análise do momento político em que foram consolidadas constitucionalmente as políticas do *New Deal*. Para ele as eleições que retornaram ao poder o presidente Roosevelt deram legitimidade aos interesses reformadores que sua facção política vinha tentando fazer valer sobre a Constituição. Ele aponta como houve aí uma sinalização de que era o interesse do povo soberano que essas reformas fossem de fato realizadas e como a oposição retrocedeu diante dessa manifestação da soberania popular (ACKERMAN, 2006, pp. 66-67).

Por outro lado, as transformações do procedimento de emenda à Constituição trazidas pelo *New Deal* na definição da Suprema Corte como instrumento

primário para emendar a Constituição encontram pelo menos parte de sua validade no fato de constituírem decisão pública e consciente (ACKERMAN, 2006, p. 70).

Ackerman aponta como, após as emendas da Reconstrução, o papel da Corte Constitucional se sobrelevou na preservação dos ideais ali defendidos, mas que já não ocupavam a mesma relevância na política rotineira (ACKERMAN, 2006, pp. 119-120).

No processo de mudança da Constituição dos Fundadores para a Constituição dos Republicanos, o papel da Corte Suprema foi de identificar quais aspectos daquela sobreviveram nesta e “sintetizá-los em uma nova doutrina íntegra que expressasse os novos ideais estabelecidos pelos republicanos em nome do povo” (ACKERMAN, 2006, p. 122).

A possibilidade de mediação institucional dessas emendas à Constituição americana que nem romperam completamente com a tradição constitucional, nem apenas desenvolveram os princípios já existentes do regime constitucional, comprazendo-se de rupturas significativas de reinvenção do sentido constitucional, é prevista, para Ackerman, por meio da Suprema Corte. De fato, ele toma como modelo para isso o processo de reinvenção constitucional na aceitação do modelo de bem-estar social, que teve, no emprego das técnicas de *Judial Review*, mecanismo de sintetização dessas mudanças.

### **3.2 – CF/88 e PEC n. 33/2011 como rupturas**

A própria Constituição de 1988 foi fruto de Assembleia Constituinte convocada por meio de uma emenda à Constituição anterior. A ilegalidade de tal medida frente ao sistema constitucional é óbvia, podendo ser, certamente, considerada ruptura constitucional.

É, contudo, exemplo claro de ruptura legítima com um Estado ditatorial para passagem a um modelo constitucional democrático. Além de ser expressa e manifestamente dirigida à edição de nova Constituição, sua legitimidade, hoje, também é inquestionável, visto que sua edição se deu por meio de uma Assembleia Constituinte democraticamente eleita e que produziu uma Constituição democrática, marco fundamental na redemocratização do país.

O próprio Ackerman, ao discorrer a respeito da recente experiência constitucional brasileira no prefácio a edição brasileira de “Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional”, caracteriza a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, no momento de desintegração da ditadura militar, como demonstração do

sucesso da soberania popular, usufruindo de grau de participação popular sem precedentes, que, inclusive, se expandiu para além dos limites da assembleia (ACKERMAN, 2006, p. xl).

Caracteriza-se esse momento como de clara democracia popular em que o povo tomou as decisões – ainda que por meio da Assembleia – referentes ao futuro constitucional brasileiro. O fato de essas escolhas terem sido realizadas por representantes não torna o processo menos legítimo ou popular, visto que, conforme apontado, a participação popular foi sem igual e o momento histórico demonstrava claramente as intenções do povo soberano de ruptura com o regime constitucional anterior.

Restou demonstrado que a teoria Constitucional de Ackerman compreende que, para que a atuação do governo seja considerada legítima ao tomar decisões compreendidas como de competência popular, ou para subvertê-las, é preciso angariar o apoio da população mobilizada, de modo a ser possível declarar que houve uma mudança de opinião do povo soberano (ACKERMAN, 2006, pp.7-8).

Se a equivalência traçada entre os momentos de transformação radical da Constituição americana com os momentos de criação constitucional na democracia brasileira e dos momentos de legislatura ordinária – envolvendo emendas ordinárias – estadunidense com a legislatura brasileira e com o Constituinte Derivado é correta, fica claro que, para que haja a absorção institucional legítima de uma mudança tão radical como a que o dispositivo estudado da PEC n. 33/2011 propõe, não basta uma sintetização por parte do STF, sendo necessária participação popular semelhante a do momento fundante da Constituição de 1988 para caracterizá-la como mudança engendrada pelo povo soberano atuando como Constituinte Originário.

Até o momento, não se observou tal participação popular no que se refere à necessidade de mutação dos limites impostos ao Poder Reformador e da atuação do STF, nem mesmo com relação a um apelo popular à relativização das demais cláusulas pétreas, em especial, aos direitos fundamentais.

Cabem aqui apontamentos a respeito do dever imposto pela Constituição ao Supremo de guarda dos direitos fundamentais e, principalmente, e do direito fundamental ao devido processo legal e constitucional. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, em sua obra “Teoria da Constituição”, alega, ao analisar a legitimidade da jurisdição constitucional do ponto de vista teórico-filosófico, sob a ótica da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, que o controle jurisdicional de constitucionalidade constitucionalmente adequado deve se referir ao devido processo legal e à

garantia das condições jurídicas que o asseguram, a garantia do exercício dos direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2012, p. 185).

Conforme exposto, esses direitos fundamentais, segundo Habermas, encontram sua consubstanciação no processo democrático de formação de opinião pública, por meio do qual a vontade popular se torna vontade política.

A partir da concepção de que direitos fundamentais são garantias de institucionalização de um processo legislativo democrático realizador da pretensão de que os destinatários da norma sejam seus próprios autores, é dever da jurisdição constitucional garantir o devido processo legislativo, o devido processo constitucional e os direitos fundamentais. Há imperativo de que o Supremo estabeleça uma tutela jurídica ofensiva dos direitos constitucionais garantidores desse processo legislativo democrático (OLIVEIRA, 2012, pp. 191-192), que, no caso em estudo, significaria a declaração de inconstitucionalidade das pretensões da PEC n. 33/2011.

Segundo o autor,

“O desrespeito institucionalizado ao devido processo (...) constitucional (...) pode colocar em risco o próprio regime democrático garantidor da autonomia pública e privada dos cidadãos.

[...]

Os direitos fundamentais não se apresentariam efetivamente à disposição dos indivíduos e dos grupos sociais que, cada vez mais excluídos, teriam sempre seus direitos (...) violados” (OLIVEIRA, 2012, pp. 195-196).”

Ainda nesse sentido, o autor afirma que, no que se refere aos processos formais de mudança constitucional, a jurisdição constitucional deve garantir um processo legislativo democrático de reforma constitucional que impeça

“que os dispositivos constitucionais sejam objeto de alteração através do exercício de um poder constituinte derivado distanciado das fontes de legitimidade situados nos fóruns de uma esfera pública política que não se reduz ao Estado” (OLIVEIRA, 2012, p. 212).

A hipótese de consulta popular – que poderia ser sugerida como forma de legitimar a aprovação da PEC, bem como está prevista na PEC como meio de se validar ou não a rejeição pelo Congresso do sentido dado pela Corte aos limites impostos ao Poder Reformador – infelizmente não traz automaticamente a legitimidade necessária para mudanças constitucionais e institucionais dessa magnitude.

Nos termos de Ackerman,



[...] é normalmente muito fácil colocar projetos em votação. Os eleitores regularmente se confrontam com longas listas de propostas que lhes são estranhas e votam com base em reações apressadas, baseadas nas informações da mídia. (ACKERMAN, 2009, p. 531)

Não é suficiente, assim, a mera consulta popular. Para que o apelo democrático se consubstancie deve haver mobilização popular e confronto sério das questões discutidas. Ackerman compreende essas condições constitucionais como raras e especiais (ACKERMAN, 2009, p. 532).

Dessa forma, a legitimidade da ruptura constitucional que seria ocasionada pela aprovação dos dispositivos da PEC n. 33/2011 que transfeririam a decisão a respeito da constitucionalidade de emendas à Constituição para a consulta popular – violando, inicialmente, a cláusula pétreia implícita referente ao processo de emendas à Constituição, bem como possibilitando a subversão de toda a finalidade das cláusulas pétreas em si – encontra dificuldades para se estabelecer.

Compreendida como tal, essa ruptura significaria, se não de direito, de fato a edição de um novo regime constitucional pelo Poder Reformador. Entretanto, com base em Ackerman, foi exposto que para alcançar legitimidade democrática, tal ruptura necessitaria de apoio popular semelhante ou maior do que o experimentado na edição da CF/88.

Editar nova Constituição, entretanto, de maneira velada por meio de uma Emenda que fere princípios e escolhas constitucionais feitas e reafirmadas ao longo da história constitucional brasileira, pretendendo-se como mera emenda a Constituição e por órgão cuja competência para tanto nunca foi estabelecida – visto que, como demonstrado, há diferenças fundamentais entre as competências dos Constituintes Originário e Derivado – é manifestamente ilegítimo.

Trata-se de absurdo lógico que o Constituinte Derivado possa mudar ele mesmo sem o necessário apoio popular os limites que lhe foram impostos pelo Constituinte Originário que usufruía de ampla legitimidade. É, na realidade, usurpação das competências de um pelo outro, em violação aos princípios mais basilares da tradição constitucionalista.

Nesse sentido, vale mencionar o apontamento de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira no que se refere aos processos formais de mudança constitucional, a jurisdição constitucional deve garantir um processo legislativo democrático de reforma constitucional que impeça

“que os dispositivos constitucionais sejam objeto de alteração através do exercício de um poder constituinte derivado distanciado das

fontes de legitimidade situados nos fóruns de uma esfera pública política que não se reduz ao Estado” (OLIVEIRA, 2012, p. 212).

#### 4 – Conclusão

Esse trabalho levantou e defendeu a hipótese de que a aprovação dos dispositivos da PEC n. 33/2011 referentes ao controle de constitucionalidade de emendas a Constituição consistiria, na realidade, em ruptura constitucional, equivalente à edição de nova Constituição. A PEC propõe que esse controle deixe de ser exercido de forma definitiva pelo STF, de modo a que suas declarações de inconstitucionalidade de emendas possam ser subvertidas por meio de consulta popular, quando o Congresso Nacional assim compreender necessário.

Sustentou-se, inicialmente, sobre o argumento de que os processos previstos na Constituição para edição e aferição da constitucionalidade de suas emendas consistem em limitações implícitas ao poder de reformar a Constituição delegado pelo Constituinte ao Poder Legislativo.

Além disso, todo o mecanismo de aferição de emendas à Constituição descansa sobre o conceito de cláusulas pétreas. A Constituição explicitamente declara como inconstitucional emendas tendentes a abolição da forma federativa de Estado, do voto direto, secreto e universal, da Separação de Poderes e dos direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, CF/88).

O controle realizado pelo STF de leis e demais atos normativos se enquadra na compreensão de que a Corte é a melhor encarregada para controlar os processos de decisão majoritária que, muitas vezes, poderiam invadir e invalidar os direitos de minorias. A cristalização dos direitos e garantias individuais como infensos ao Poder Reformador visa a consubstanciar o caráter de inviolabilidade desses direitos e seu controle pelo STF dá a esse órgão a última palavra a esse respeito.

O deslocamento dessa competência para processos de decisão majoritária frustram os desígnios dessa cristalização, tanto no caso dos direitos de minorias – que passariam a estar de fato completamente à disposição dos interesses da maioria – quanto com relação às demais cláusulas pétreas que poderiam ter seu sentido e função esvaziados por meio de consultas populares que declararíamos como constitucionais emendas tendentes a sua abolição.

Assim, vê-se que a violação dos limites impostos pelo Constituinte Originário ao Poder Reformador engendrados na PEC, bem como o consequente esvaziamento do instituto das cláusulas pétreas são suficientes para caracterizar o momento institucional que se seguiria como um regime constitucional substancialmente diferente do projeto dos constituintes de 1988 e desenvolvido até aqui.

Com apoio na análise de Bruce Ackerman a respeito das transformações constitucionais americanas, pôde-se perceber que mudanças no processo de emendas à Constituição, rearranjos institucionais da relação entre os três Poderes e mudanças nos princípios basilares são suficientes para descaracterizar uma emenda como ordinária e estabelecê-la como um ato de criação constitucional.

De fato, a aprovação dessa emenda, nos termos em que hoje se encontra, significaria uma profunda mudança na relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, uma vez que o controle deste sobre os atos daquele seria substancialmente esvaziado e neutralizado. Além disso, a questão a respeito da guarda da Constituição – expressamente determinada na CF/88 como competência do STF – seria modificada para que, se não de direito, de fato passasse a ser exercida pela população quando instada pelo Congresso.

Não é dizer que uma Constituição nos moldes que a PEC acabaria por trazer seja necessária e intrinsecamente antidemocrática. Pelo contrário, foram trazidos argumentos fortes o suficiente para demonstrar, ou pelo menos contrabalancear a suposição contrária, ou seja, que é possível uma “constituição popular” ser tão democrática ou mesmo mais do que uma em que a supremacia judicial esteja estabelecida.

Não foi, entretanto, o objetivo desse trabalho resolver essa questão, mas apenas demonstrar como há significativas diferenças entre os dois modelos, entre os quais o Constituinte Originário fez uma escolha clara. O que a PEC faria, se aprovada, seria a mudança de um modelo de Constituição para outro, o que, argumentou-se, equivaleria a ruptura constitucional.

Na investigação a respeito da possibilidade de legitimidade de tal ato, as conclusões se deram no sentido de que, até o momento, não há indícios suficientes de mobilização e apoio populares necessários à legitimação de ruptura constitucional dessa magnitude.

Utilizou-se da diferenciação traçada por Ackerman entre decisões de governo e decisões populares em uma democracia. Enquanto essas são tomadas pelo povo em momentos de especial mobilização popular e discussão profunda, aquelas são tomadas pelos políticos nos interregnos entre os momentos em que o povo de fato age soberanamente.

Nesse esquema, a Corte constitucional exerce função preservadora das decisões tomadas soberanamente pelo povo contra erosões por parte do processo político cotidiano. Além disso, em momentos de significativa mudança constitucional com apoio

popular, cabe à Corte sintetizar essas mudanças com os fragmentos restantes do momento constitucional anterior, para criar um todo relativamente coerente.

Pode-se, assim, compreender que o Poder Constituinte Originário equivale historicamente ao que Ackerman nomeia de decisão popular, uma vez que trataram-se das escolhas constitucionais, em um processo de participação e discussão popular, para o projeto de Brasil democrático que ali se iniciava, após anos de ditadura militar.

Parte desse projeto, de fato, parte das conquistas desse momento, foi a determinação das cláusulas pétreas como núcleo central de conquistas democráticas que o STF deveria defender inclusive contra ingerências do Poder Constituinte Derivado. Esse, juntamente com os demais poderes normativos dos órgãos representativos, caracterizar-se-ia como ato de decisão governamental.

Assim, ao que parece, a decisão de mudar esse arranjo constitucional a respeito da defesa e preservação dos direitos conquistados na CF/88 precisaria de legitimidade que o Poder de Emenda à Constituição normalmente não tem.

A possibilidade de legitimidade encontra-se, então, na identificação de apoio popular e momento histórico relevantes, bem como da mediação constitucional da própria Corte dessa mudança em seu papel.

Interessa notar que não foi levantada aqui a possibilidade real de declaração de inconstitucionalidade da Emenda a que essa PEC daria origem. Seria, sem dúvida, situação institucional curiosa e, talvez, crítica.

O fato é que, ainda que haja a aceitação institucional pelo Supremo dessa mudança, não seria o suficiente para estabelecer sua legitimidade, demonstrando, na realidade, conivência e abandono da Corte de seu dever de defesa da Constituição e do direito fundamental ao devido processo constitucional. Isso, porque a sintetização de mudanças pela Corte, para Ackerman, não deve se dar em simples obediência às decisões de governo, mas em atendimento às manifestas necessidades e decisões populares.

Seria necessário, assim, apoio popular real e substancial para tanto. Entretanto, não é esse o cenário que, até agora, se verifica. Ao contrário de resposta a anseios populares ou de, pelo menos, fomentar um debate significativo, o projeto tem tido pouca atenção popular e definitivamente não tem sido discutido o suficiente. Mesmo a possível sugestão de angariar tal apoio por meio de um plebiscito ou referendo não seria, necessariamente, solução para esse problema, visto que esse tipo de consulta muitas vezes é limitado na qualidade do debate que se instaura.

Trata-se, assim, de uma tentativa de ruptura com um modelo constitucional democrática e popularmente determinado em favor de um cuja discussão e consequências não foram amplamente aceitas pela população de maneira consciente.

Fica estabelecida a ilegitimidade dessa mudança nos moldes propostos – não porque seu resultado seria democraticamente ilegítimo em si, questão esta apenas tangencialmente aqui trabalhada, mas porque busca se estabelecer de maneira ilegítima, fazendo-se passar por mera emenda quando, na realidade, trata de rompimento profundo com o sistema Constitucional vigente.

Sem o apoio popular necessário, não há que se falar em ato de criação constitucional pelo povo, mas de uma Constituição outorgada pelo Congresso Nacional, em substituição a que foi produzida pelo Poder Constituinte com o aval popular.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o Povo Soberano – Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. Transformações do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL. Constituição Federal/1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=FDB686BE4832FB8C87551FCA7EED9006.proposicoesWeb2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011tm](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FDB686BE4832FB8C87551FCA7EED9006.proposicoesWeb2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011tm)>

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. Uma questão de princípios. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro – estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria da Constituição. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ZURN, Christopher F. *A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Court-Based Constitutional Review*, Lexington: University of Kentucky.