

EMENDAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS

UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS

Arlei Costa Junior¹, Luiz Alberto Blanchet²

A constituição representa a lei suprema do Estado, onde os valores fundamentais daquela sociedade ficam consolidados e resguardados da volatilidade política através das cláusulas pétreas, objetivando sua inalterabilidade, para que as gerações futuras também desfrutem das conquistas alcançadas. O contraponto dessa inalterabilidade seria a dificuldade que as futuras gerações terão para modificar essas disposições quando esses valores que não mais refletirem suas expectativas. Assim, a própria constituição dispõe de procedimentos criteriosos para realizar emendas constitucionais através do poder constituinte secundário, bem como normalmente determina um tribunal para realizar a revisão judicial dessas emendas. O poder da autoridade competente para emendar a constituição é compatível com o da autoridade que faz a revisão judicial, devendo ambas serem realizadas criteriosamente, em equilíbrio de poder, observando principalmente a correspondência com os valores da sociedade, de forma inclusiva e democrática.

Palavras-Chave: Cláusulas Pétreas; Emendas Constitucionais; Limites ao Poder de Emendas; Emendas Constitucionais Inconstitucionais; Revisão Judicial de Emendas Constitucionais.

The constitution represents the supreme law of the State, where the fundamental values of that society are consolidated and protected from political volatility through the unamendable provisions, aiming at their inalterability, so that future generations also enjoy the achievements achieved. The counterpoint of this inalterability would be the difficulty future generations will have in modifying these provisions when those values no longer reflect their expectations. Thus, the constitution itself has careful procedures for making constitutional amendments through the secondary constitutional power, as well as usually determines a court to carry out the judicial review of these amendments. The power of the competent authority to amend the constitution is compatible with that of the authority that makes the judicial review, and both should be carefully done, in balance of power, observing mainly the correspondence with the values of society, in an inclusive and democratic manner.

Keywords: Unamendable Provisions; Constitutional Amendments; Limits on the Power of Amendments; Unconstitutional Constitutional Amendments; Judicial Review of Constitutional Amendments.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED) da PUC-PR. Tabela de Notas em Paranaguá-PR.

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Professor do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD/PUCPR) em Curitiba e Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).

1 INTRODUÇÃO

A ideia essencial de uma constituição, embora sujeito à controvérsias e à mutações adaptativas às transformações da sociedade, é ser visualizada como a lei primeira, suprema e fundamental, disciplinando a vida estatal e da comunidade, estabelecendo os direitos e responsabilidades dos indivíduos e grupos sociais nos campos civil, político, econômico, social e cultural.¹

Nobre Junior relata que a convicção em torno da ideia de uma constituição teve origem na antiguidade e na idade média e foi se consolidando. Ele aponta cinco fases marcantes de sua evolução, “princiando pelas constituições liberais censitárias, passando-se pelas ditas outorgadas ou pactuadas, por aquelas tendentes ao fortalecimento da democracia parlamentar, e ao surgimento de novos direitos, até aportar, cessado o segundo conflito mundial, nas constituições da democracia político-social”.²

Assim, os valores fundamentais de uma sociedade estariam consolidados e resguardados no documento máximo da ordem jurídica daquele Estado de Direito, onde toda ela se insere e também o constitui. Natural assim, que essa sociedade deseja que as conquistas duramente alcançadas, sejam consolidadas para sua existência e para a de seus descendentes, acreditando que essas disposições jurídicas tragam garantias e direitos melhores do que os anteriormente existentes. Daí a ideia de que esse documento máximo, a constituição, não possa ser modificada com facilidade, de forma a evitar um retrocesso nas conquistas e valores dessa sociedade.

Contudo, a evolução dessa sociedade traz a necessidade de ajustes e adaptações na constituição, incluindo novas conquistas, direitos e garantias, por vezes flexibilizando direitos e garantias anteriormente existentes, ou modificando a forma de organização e gestão do Estado. Assim, a constituição precisa de um mecanismo de ajuste às demandas públicas e aos anseios da sociedade que lhe dá sustentação política, que são as denominadas emendas constitucionais.

Nesse sentido, Lima explica que “as normas constitucionais formam o documento político-jurídico fundador da uma nova sociedade política e estabelecem a estrutura, os princípios e os direitos fundamentais regentes da vida coletiva futura daquela comunidade”. Contudo, ele argumenta que “diante da pretensão de durabilidade temporal, uma constituição não pode ser considerada

acabada a partir de sua promulgação. Pelo contrário, ela precisa estar sempre aberta dentro do seu tempo, conectada com os desígnios daqueles submetidos aos seus ditames”.³

A existência de um mecanismo de modificação da constituição, as emendas constitucionais, tem por escopo a melhoria da constituição com base nos princípios e valores já consolidados no texto constitucional e nos valores da sociedade. Assim, não deve se prestar a criar um retrocesso jurídico ou social.

Dessa forma, os constitucionalismos pelo mundo têm, de forma crescente, adotado a tese de que certas emendas constitucionais podem ser consideradas inconstitucionais, estabelecendo limites ao poder constituinte secundário, através das “cláusulas pétreas” e de teorias que mesmo sem previsão expressa defendem a constituição de emendas que extrapolam o poder de emendar.⁴

2 OS LIMITES AO PODER DE REALIZAR EMENDAS

Ao longo dos anos, constituições ao redor do mundo passaram a, explicitamente, estabelecer limites ao poder constituinte secundário, o que normalmente chamamos de “cláusulas pétreas”.⁵ Nesse sentido, nas últimas décadas essas disposições inalteráveis se expandiram tanto em termos de número, quanto em seus detalhes, cobrindo atualmente uma ampla gama de tópicos.⁶

Roznai explica que “as disposições inalteráveis funcionam como uma “barreira de mudança”. Elas refletem a ideia de que certos assuntos constitucionais devem ser protegidos contra alterações. Diferentes motivos para a criação de disposições inalteráveis podem ser sugeridos. Em primeiro lugar, cada política quer preservar sua própria existência e identidade”.⁷ Ele presume que os constitucionalistas consideraram o conteúdo de certas disposições específicas como sendo tão fundamentais para a essência da constituição ou à existência e identidade do Estado, que devem perdurar por gerações, de forma que a identidade e a narrativa constitutiva de uma nação não devem ser subjugadas aos caprichos da maioria.

Os limites materiais impostos ao poder constituinte secundário ou derivado, vem de encontro à “garantia da pretensão duradoura do projeto constitucional vitorioso. Ainda que haja a possibilidade de emendas constitucionais, os constituintes assumem a ideia de

¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rinc/v1n1/2359-5639-rinc-01-01-0111.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 141.

² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rinc/v1n1/2359-5639-rinc-01-01-0111.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 141.

³ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 1.

⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden. Resenha: “Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power”, de Yaniv Roznai. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 349-356, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/6017>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 350.

⁵ BENVINDO, Juliano Zaiden. Resenha: “Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power”, de Yaniv Roznai. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 349-356, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/6017>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 350.

⁶ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 23.

⁷ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 24. (tradução do autor)

perfeição do momento fundacional por meio das cláusulas não emendáveis”.⁸

Roznai argumenta que muitas das disposições inalteráveis modernas refletem uma ideia paternalista dos constituintes e legisladores, que acreditam saber o que é melhor para o povo e consagram aqueles princípios ou instituições que valorizam. Nesse sentido, ele coloca que “o ambiente em que as constituições emergem influencia profundamente o caráter e a composição de qualquer cláusula pétrea incluída no seu texto”⁹, mas também que existem muitas semelhanças no conteúdo, objetivos e características entre elas pelo mundo.

A perspectiva de Roznai é de que a existência das disposições inalteráveis reflete a desconfiança em relação àqueles que detêm o poder de emenda, que poderiam ser motivados por seus desejos e crenças pessoais, bem como pelos interesses individuais e institucionais em ver seu poder protegido.¹⁰

Para Lima, “essas disposições servem para afastar as ameaças de “alterações que aniquilem seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional”. Representam, portanto, um obstáculo à emergência de um novo poder constituinte originário”.¹¹

Contudo, ao mesmo passo que há um crescimento da adoção dessas disposições inalteráveis nos diversos constitucionalismos mundiais, “há também uma ampliação da adoção de teorias que buscam defender a constituição mesmo sem a previsão, no texto constitucional, de cláusulas pétreas”.¹²

Ou seja, em muitas constituições pelo mundo não há previsão expressa de disposições inalteráveis, o que chamamos de cláusulas pétreas no Brasil, nomenclatura que será utilizada daqui por diante. Essa nomenclatura inclusive é elogiada por Roznai que argumenta que “a terminologia brasileira - que se refere a essas disposições como “cláusulas pétreas” para expressar sua rigidez - é mais precisa nesse aspecto, uma vez que nem mesmo as rochas

podem suportar a explosão vulcânica do poder constituinte primário”.¹³ Ele, para descrever a situação legal com mais precisão, refere-se a estas disposições em tese como “inalteráveis”.

Nesse sentido, as constituições que não fazem disposição expressa sobre as cláusulas pétreas, poderiam ser modificadas irrestritamente pelo poder constituinte secundário, também chamado de poder constituinte derivado, ou este deveria ser limitado por algum “critério normativo implícito ou, ao menos, não exatamente configurável de acordo com o que chamamos de cláusulas pétreas em diferentes desenhos constitucionais?”.¹⁴

Para Roznai, a inexistência de cláusulas pétreas não significa a possibilidade de uma modificação irrestrita da constituição, pois entende que ela não é apenas explícita, pois tem um núcleo implícito inalterável, que não pode ser emendado através do poder delegado de emenda, mas exige apelação ao poder constituinte primário.¹⁵

O tipo de proibição criado pelas cláusulas pétreas varia entre as diferentes constituições. Roznai observa que enquanto a maioria das constituições simplesmente proíbe “alterar” ou “revisar” certos assuntos constitucionais, “algumas afirmam que as alterações devem “respeitar” ou “salvaguardar” certos assuntos constitucionais. Muitas vezes, o ato proibido não é “emendar” certos assuntos, mas sim a mera “proposta” de emendas”. Ele explica que os resultados finais dessas duas limitações parecem semelhantes, “mas presumivelmente a última limitação posiciona a barreira à mudança proibida em uma fase anterior ao ato de emenda propriamente dito, ou seja, no início do processo político, de modo que a mudança proposta não pode sequer ser debatida”.¹⁶

A proibição de emendar consiste num instrumento constitucional complexo e controverso, que deve ser aplicado com cuidado e reservado apenas aos princípios básicos da ordem democrática. Valendo-se do provérbio “um plano que é incapaz de se adequar é um plano ruim”, Roznai considera que enquanto para alguns estados as cláusulas

⁸ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 133.

⁹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 25. (tradução do autor)

¹⁰ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 24.

¹¹ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 133.

¹² BENVINDO, Juliano Zaiden. Resenha: “Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power”, de Yaniv Roznai. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 349-356, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60171>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 350.

¹³ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 24. (tradução do autor)

¹⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden. Resenha: “Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power”, de Yaniv Roznai. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 349-356, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60171>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 350.

¹⁵ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 192.

¹⁶ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 31. (tradução do autor)

pétreas “poderiam formar um escudo protetor para que o núcleo da constituição permanecesse essencial, para outros, a inalterabilidade poderia levar a meios extraconstitucionais perigosos a fim de forçar uma mudança”.¹⁷

Observa-se assim a existência de limitações explícitas ao poder de emenda constitucional, sob a forma de cláusulas pétreas, e também a existência de limitações implícitas ao poder de emenda, independentemente da existência ou não de quaisquer disposições inalteráveis, sendo esta mais controversa. Roznai considera que “a existência de disposições constitucionais claras pode facilitar e simplificar o exercício dos tribunais na aplicação de tais limitações através de uma revisão substancial das emendas constitucionais”, pois quando existem limites explícitos, “a revisão judicial das emendas constitucionais geralmente goza de maior legitimidade e sofre menos de dificuldades institucionais do que quando a constituição é omissa com relação a quaisquer limitações”.¹⁸

Para construir essa diferença, Roznai traz uma citação de Roger Sherman, que participou do primeiro Congresso americano, onde este argumenta que “há uma diferença entre a autoridade sobre a qual a constituição repousa e a autoridade sobre a qual as emendas se baseiam: A Constituição é o ato do povo, e deve permanecer inteira. Mas as emendas serão os atos dos governos”. Assim, não seria compatível que a constituição autorizasse via emendas, a remoção dos valores que ela visa proteger.¹⁹

3 A NATUREZA DOS PODERES DE EMENDA

Roznai argumenta que para poder compreender as limitações ao poder de realizar emendas, é preciso entender a existência de uma distinção entre poder constituinte e poder constituído. Ele propõe que “o poder emendador deve ser considerado como *sui generis*, um poder único situado em uma área cinzenta entre os dois poderes. Distingue-se do poder constituinte na medida em que deve ser compreendido em termos de delegação, mas é também uma forma distinta de um poder constituído”.²⁰ Assim, a compreensão da natureza excepcional do poder de emenda como um poder

secundário caracteriza sua natureza e alcance limitados.

Para Roznai, a relação conceitual entre poder constituinte e poder constituído é a de subordinação. Ele argumenta que “os poderes constituintes são poderes legais (competência) derivados da constituição (e são limitados por ela). Eles devem sua existência ao poder constituinte e dependem dele; portanto, o poder constituinte é superior a eles”.²¹ Por outro lado, ele entende que o poder constituinte manifesta um poder ilimitado, no sentido de que não está vinculado à regras e procedimentos constitucionais anteriores, e assim tem um significado diferente quanto ao seu alcance. O poder constituinte tem um objetivo legal - a criação de uma ordem constitucional legal, de natureza jurídica e coercitiva.

A compreensão dessa distinção entre poderes constituintes e constituídos proposta por Roznai é imperativa para a análise das possíveis limitações ao poder de emenda, pois se este poder for considerado como poder constituinte, então seria considerado ilimitado, pois não estaria vinculado às regras constitucionais anteriores. Por outro lado, se for considerado como um poder constituído, estaria subordinado à constituição.²²

Roznai sintetiza que “o poder constituinte estabelece a constituição, que por sua vez regula os poderes constituídos ordinariamente, tais como o executivo, o legislativo e o judiciário, que governam a vida política diária. Uma vez que o poder constituinte tenha cumprido sua extraordinária tarefa constituinte, ele “torna-se adormecido” e a partir desse momento a autoridade pública é exercida sob a constituição”.²³ Contudo, a constituição também estabelece um mecanismo para sua própria emenda. Qual é a natureza deste mecanismo? Ele expressa o poder constituinte ou um poder ordinário constituído com a tarefa de emendar a constituição?

Roznai concorda com Carl Schmitt no sentido de que o poder de emenda é uma autoridade extraordinária, *sui generis* e não totalmente compreensível em termos do modelo hierárquico da pirâmide legal, pois o poder de emenda possui características tanto do poder constituinte quanto do poder constituído, daí sua natureza enigmática.²⁴

Breslin argumenta que se “o povo” controla o

¹⁷ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 46. (tradução do autor)

¹⁸ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 48. (tradução do autor)

¹⁹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 49. (tradução do autor)

²⁰ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em:

<<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 81. (tradução do autor)

²¹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 90. (tradução do autor)

²² ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 91.

²³ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 91. (tradução do autor)

²⁴ SCHMITT, Carl, Constitutional Theory, 2008, p. 150 apud ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the

governo através da constituição, então, “o controle sobre a autoridade para emendar o texto representa o poder mais alto na vida política da nação. Visto a esse respeito, o processo de emenda serve como um mecanismo para que os formuladores da constituição compartilhem parte de sua autoridade com as gerações futuras, de modo que cada geração detenha uma parte deste poder constituinte”.²⁵

Na medida em que o poder de emenda é uma competência legal estabelecida na constituição e regulada por ela, ele seria um poder constituído com uma capacidade especial, mas definido e limitado. Nesse sentido, Ulrich Preuss observa que “se dentro de uma política constitucional todos os poderes derivam da constituição, então o poder de emenda deve ser um poder constituído, assim como os poderes legislativo, judicial ou executivo. Pela razão de ser um poder legalmente definido, originado na constituição, não pode de fato ser um verdadeiro poder constituinte”.²⁶

Por outro lado, citando Grégoire Webber, para quem: “As fórmulas de emenda são, por definição, meios segundo os quais uma autoridade constituída pode assumir o status de autoridade constituinte”, Roznai lembra que o poder de emenda é multifacetado, com características duplas tanto do poder constituinte como do poder constituído. Assim, ele conclui que “como este poder não se encaixa confortavelmente em nenhuma destas categorias, ele não deve ser considerado como outra forma de poder constituído nem equiparado ao poder constituinte; ele é um poder *sui generis*”.²⁷

4 AS ESPÉCIES DE PODERES DE EMENDA

Em busca de uma teoria sobre os poderes de emenda, Roznai traz três argumentações relevantes, a primeira “que o povo é livre para mudar até mesmo os elementos fundamentais inalteráveis da constituição; contudo, este poder não reside no poder de emenda, mas no

exercício do poder constituinte primário”; a segunda é sua divergência sobre a tendência atual de se prescrever um processo constitucional para o exercício do poder constituinte primário; e a terceira é o questionamento se o poder de emenda “é igualmente limitado em jurisdições onde o processo de emenda tenta imitar a reemergência do poder constituinte primário, incorporando elementos como referendos, convenções constitucionais, como em jurisdições onde é mais semelhante ao poder legislativo regular”, e nesse sentido, quanto mais as características do poder constituinte secundário forem semelhantes às de um poder constituinte primário democrático, menos limitações ele deve sofrer.²⁸

Roznai, no tocante à primeira das suas argumentações, considera que o poder constituinte primário “não deve ser entendido meramente como uma revolução popular, mas como um meio para realizar uma mudança bem deliberada e pensativa”²⁹, devendo ser inclusivo, participativo e deliberativo. É importante a constituição incluir garantias como a liberdade de expressão, eleição livre e justa, proibição de prisão arbitrária e liberdade de reunião e associação. Nesse sentido, ele explica que “em vez de permitir o abuso do poder constituinte por atores que afirmam representar o povo e agir em seu nome, devemos enfatizar a natureza democrática do poder constituinte primário: *se existe um poder que deve ser democrático, então ele é, em primeiro lugar, o poder constituinte*”.³⁰

No que se refere à sua segunda argumentação, ele observa que mesmo após o estabelecimento de uma constituição, o poder constituinte primário poderia reemergir e “mudar até mesmo princípios constitucionais inalteráveis. Sendo externo à ordem constitucional pré-existente, este poder não pode estar vinculado às regras constitucionais anteriores e existentes, sendo inviável ela regular seu surgimento, e, portanto, inócuas as tentativas de a constituição vigente disciplinar um procedimento para o exercício do poder constituinte primário”.³¹

Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 91-92.

²⁵ BRESLIN, Beau, From Words to Worlds – Exploring Constitutional Functionality, 2009, p. 106 apud ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 92. (tradução do autor)

²⁶ PREUSS, Ulrich, The Implications of “Eternity Clauses”: The German Experience, 2011, p. 430 apud ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 94. (tradução do autor)

²⁷ WEBBER, Grégoire C.N., The Negotiable Constitution – On the Limitation of Rights, 2009, p. 49, apud ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em:

<<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 94. (tradução do autor)

²⁸ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 132. (tradução do autor)

²⁹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 148. (tradução do autor)

³⁰ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 148-149. (tradução do autor)

³¹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 149.

E finalizando com sua terceira argumentação, Roznai considera que não se deve considerar os poderes de emenda constitucional de forma binária, limitada no poder constituinte secundário ou ilimitada no poder constituinte primário, mas sim como um espectro de abrangência, um espectro de poderes de emenda. Isto exige um exame da ligação entre as limitações que devem ser impostas aos poderes de emenda e aos procedimentos de emenda.³²

Na visão de Roznai, as espécies de poderes de emenda não são apenas um modelo teórico, mas tem um aspecto funcional, primeiramente direcionando os constitucionalistas a projetarem regras de emendas constitucionais escalonadas proporcionalmente ao valor atribuído a cada um dos princípios constitucionais a ser emendado. Ao fazer isso, os princípios constitucionais mais fundamentais seriam emendáveis em um processo mais participativo, demorado, deliberativo e inclusivo, em contraste com as disposições menos fundacionais da constituição, que poderiam ser alteradas com relativa facilidade. O segundo ponto se refere à revisão judicial das emendas constitucionais, onde este órgão deve ser mais formalista com as emendas oriundas do poder constituinte secundário e mais voluntarioso em aceitar as emendas elaboradas num amplo processo de participação popular e com a participação dos diversos poderes e órgão interessados.³³

5 REVISÃO JUDICIAL DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

A revisão judicial das emendas constitucionais, pode à primeira vista parecer uma violação do princípio da separação de poderes, mas Roznai explica que um olhar mais profundo revela o contrário, na medida em que o poder de emenda é limitado em escopo por sua natureza como poder delegado, e a revisão judicial das emendas serve como um mecanismo para fazer cumprir essas limitações.³⁴

A própria constituição confere poderes para a autoridade competente realizar as emendas, observando o procedimento e suas possíveis limitações explícitas, com independência dentro dessas margens. Assim, esse processo comporta um sistema de *accountability* para determinar se a autoridade emendadora ultrapassou seus limites, a ser realizado por um órgão imparcial e com o

compromisso de defesa da constituição, justificando a revisão judicial das emendas constitucionais.³⁵ Nesse sentido, "a instituição mais adequada para verificar uma emenda constitucional inconstitucional seria o tribunal constitucional, que tem autoridade para rever a constitucionalidade dos atos legislativos".³⁶

Com relação ao procedimento previsto na constituição para as emendas constitucionais, Lima argumenta que há um limite lógico na dinâmica entre os poderes com hierarquias diferentes, assim, o poder constituinte derivado não tem competência para modificar os dispositivos constitucionais que limitam as emendas constitucionais, pois a reforma desses limites significaria a "insurgência do outorgado contra o outorgante e, com isso, se desfaria a dicotomia entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado".³⁷ Caso isso fosse possível, a constituição seria passível de reforma permanente, e não haveria limites a serem observados.

Nesse sentido, muitas constituições preveem, como parte do procedimento de elaboração da emenda, uma análise prévia da constitucionalidade da emenda proposta, de forma que a própria autoridade política com o poder de emenda realizasse essa autocontenção necessária, para evitar a posterior ocorrência da declaração de inconstitucionalidade da emenda através da revisão judicial. Contudo, se observa que a autocontenção nem sempre é suficiente, e há um conflito lógico em confiar o papel de guardião da constituição ao mesmo órgão que possa violá-la. A revisão judicial das emendas constitucionais se mostra um "poderoso mecanismo de proteção à regra da constituição, tanto no sentido formal quanto no substantivo. No sentido formal, ela mantém os limites constitucionais, que vinculam o poder constituinte secundário. No sentido substantivo, visa a proteger os fundamentos básicos da constituição, para preservar o constitucional em sua totalidade".³⁸

Nesse sentido, a ideia é que a constituição tenha supremacia em manter sua integridade fundacional, de forma que nenhum dos poderes por ela instituídos, seja o executivo, legislativo ou judiciário, tenha poderes para sozinho possa violar o texto constitucional.

Lima e Beçak argumentam que a "interação institucional entre cortes e parlamentos em torno do

³² ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 158.

³³ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 169.

³⁴ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 173- 174.

³⁵ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment

Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 174.

³⁶ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 175.

³⁷ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 169.

³⁸ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 176.

significado das normas constitucionais envolve diversos caminhos e não depende exclusivamente da previsão normativa do processo de emenda constitucional. Isso porque a maneira pela qual os atores políticos irão agir envolve cálculos políticos não mensuráveis pelas regras constitucionais.³⁹ Nesse sentido, eles sugerem que poderia ser positivo uma cooperação prévia entre o parlamento e os tribunais, reduzindo os riscos do desgaste político de uma revisão judicial da emenda.

A intervenção judicial deve ser limitada às falhas do processo político, de forma a evitar o autointeresse político e a discriminação das garantias constitucionais às minorias, impedindo assim a tirania da maioria. Nesse sentido, "os tribunais são a instituição adequada para exercer o papel contra majoritário, pois, ao contrário dos parlamentos, não dependem direta e imediatamente da aprovação ou apoio da maioria da população para suas decisões".⁴⁰

Contudo, Roznai lembra que o poder de declarar inconstitucional uma emenda constitucional não é menos notável do que o próprio poder da emenda. Assim, ele defende que, ao avaliar a legitimidade jurídica de tal exercício judicial, há uma escala dessa legitimidade conforme três variáveis principais a serem consideradas: a previsão constitucional da autoridade dos tribunais para rever emendas constitucionais; a existência ou não de cláusulas pétreas; e a observância do procedimento de emenda constitucional.⁴¹

No exercício da revisão judicial das emendas constitucionais, a primeira questão é identificar quais são os princípios ou regras que não podem ser alterados. As cláusulas pétreas normalmente são explícitas e com temática fundacional ou fazem referência específica a certos dispositivos constitucionais, proibindo qualquer emenda a eles. No caso de limitações implícitas, esse exame do que é o limite para as emendas é ainda mais complexo, e o preâmbulo da constituição tem grande importância nessa análise, pois comumente estabelece os objetivos mais importantes da constituição, refletindo as "decisões políticas fundamentais" da sociedade, e assim, os princípios basilares da constituição não podem ser removidos, mas apenas ampliados.⁴²

Essa análise das cláusulas pétreas na revisão judicial é algo complexo, pois mesmo princípios basilares como democracia ou Estado de direito comportam interpretações mais amplas ou mais restritas, permitindo uma faixa de discricionariedade variável para a autoridade com poder de emenda, dentro da qual poderia atuar, sendo o mesmo válido para a revisão judicial.⁴³

Assim, há uma zona cinzenta sobre o que seria uma emenda inadmissível, variando do menor desvio ou violação sobre os princípios basilares, até somente aquelas mais severas. Roznai estabelece três níveis de violação das cláusulas pétreas, sendo eles:⁴⁴

- a) Padrão de efeito mínimo: É o mais rigoroso, onde qualquer violação ou infração a um princípio inalterável é proibida, não importando quão grave seja a intensidade da infração.
- b) Padrão de Violação Desproporcional: É o nível intermediário, onde se considera a proporcionalidade da violação, considerando o equilíbrio de interesses conflitantes. Ela pondera a desvantagem causada aos direitos de um indivíduo ou de um grupo contra os meios empregados para alcançar um determinado interesse público ou um direito conflitante, e se o dano causado por tais meios é proporcional.
- c) Padrão Fundamental de Abandono: É o nível mais tolerante, onde apenas uma violação extraordinária das cláusulas pétreas, que as altera e as "abandona fundamentalmente", permitiria a anulação judicial das emendas constitucionais.

Assim, se verifica que a estrutura positivista formal da revisão judicial é que a constituição é simultaneamente a fonte de autoridade concedida aos tribunais para revisar a legislação, e a fonte de critérios e mecanismos pelos quais os tribunais realizam essa revisão. Tal estrutura por vezes é insuficiente para abranger a complexa relação entre conceitos básicos como democracia, constitucionalismo e revisão judicial.⁴⁵

³⁹ LIMA, Jairo; BEÇAK, Rubens. Emenda constitucional e constitucionalismo político: a potencial moderação das críticas ao controle judicial de constitucionalidade. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3665/0>> acesso em: 14 ago. 2020. p. 294.

⁴⁰ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 176.

⁴¹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 181.

⁴² ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em:

<<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 196-199.

⁴³ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 199-211.

⁴⁴ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 202-210.

⁴⁵ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 210.

6 OBJEÇÕES À INALTERABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Roznai entende que essa forma de controle judicial não pode ser absoluta, questionando como poderia a “mão morta” do passado, defender não terem as presentes e futuras gerações o direito de mudar também os princípios básicos da Constituição, caso assim o desejem; e, mais diretamente, ofensa ao exercício ao autogoverno democrático, um direito que o povo possui, de forma direta ou indireta por meio de seus representantes, mudar o texto constitucional.⁴⁶

A inalterabilidade das cláusulas pétreas não poderia restringir totalmente as gerações futuras de exercerem o seu poder constituinte primário, e alterar mesmo as disposições inalteráveis. Assim, “o povo pode mudar toda e qualquer disposição da sua Constituição, mas nem todas as mudanças podem ser realizadas através de uma emenda constitucional”. A inalterabilidade por emendas constitucionais limita apenas o poder constituinte secundário, e é compatível com a soberania do povo através do poder constituinte primário, através do qual pode-se constituir uma nova ordem constitucional.⁴⁷

A existência de um processo de emenda possibilita atualizar o texto constitucional, adequando-o às necessidades e demandas da geração presente, de forma a evitar, na medida do possível, convulsões revolucionárias. “Contudo, a inalterabilidade rigorosa bloqueia qualquer forma constitucional de emendar certos princípios, criando riscos de os cidadãos acharem que a inalterabilidade é um obstáculo intolerável à mudança política e social, recorrendo assim a meios extraconstitucionais, tais como uma revolução forçada, para mudá-la”. Assim, ao invalidar emendas inconstitucionais, os tribunais podem “invalidar a última via institucional que a vontade da maioria tem de se fazer ouvir”, e após sua palavra final sobre uma cláusula pétrea, uma revisão dessa decisão só poderá ser feita por meios revolucionários forçados.⁴⁸

Esse risco à estabilidade social, uma vez que a

mudança constitucional pode ser alcançada por meios violentos, levanta a questão inevitável: não seria melhor permitir que a mudança aconteça por meios constitucionais pacíficos, do que uma revisão judicial levar a uma convulsão social? Nesse sentido, “em um conflito entre lei e poder”, escreveu Arendt, “raramente é a lei que surgirá como vitoriosa”.⁴⁹ Nesse sentido, a inalterabilidade pode ser contraproducente, pois ao impedir uma modificação com apoio popular, pode levar a substituição de toda a constituição, pois a capacidade do poder físico de forçar mudanças constitucionalmente proibidas é inquestionável.⁵⁰

Nesse sentido, “a capacidade de alterar a constituição parece ser um elemento essencial de qualquer sociedade democrática, uma vez que um povo autônomo deve ser capaz de desafiar, rever ou reformar os seus compromissos básicos”.⁵¹ Para Carlos Bernal, uma vez que o povo deveria ter autoridade para decidir sobre os elementos essenciais da sua constituição, é a revisão judicial das emendas constitucionais que representa um grave desafio democrático, pois “se o próprio povo, diretamente ou através dos seus representantes, concordou em aprovar uma emenda constitucional, é porque decidiu que o elemento emendado não é um elemento essencial. Esta decisão deve ser definitiva”.⁵²

Dotar os tribunais de autoridade para declarar inconstitucionais as emendas constitucionais aumentam a “dificuldade contramajoritária encarnada na situação de um tribunal não eleito invalidando legislação promulgada por uma legislatura. Como pode um pequeno, muitas vezes dividido, conjunto de juízes substituir o julgamento democrático do povo e de seus representantes?”⁵³

Oliveira lembra que a interpretação, por ser um o direito não escrito, “não pode guardar distância do próprio texto constitucional escrito, de forma a afirmar aquilo que não consta da literalidade do dispositivo”, e que qualquer interpretação “somente pode ser fruto de uma construção lógica e motivada, sem a qual ganharia contornos arbitrários

⁴⁶ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 199-211.

⁴⁷ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 212-214.

⁴⁸ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 215. (tradução do autor)

⁴⁹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 216. (tradução do autor)

⁵⁰ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment

Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 216-217. (tradução do autor)

⁵¹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 226. (tradução do autor)

⁵² BERNAL, Carlos, ‘Unconstitutional Constitutional Amendments in the case Study of Colombia: An analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine’, 2013, p.349 apud ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 226. (tradução do autor)

⁵³ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 228. (tradução do autor)

imediatos”.⁵⁴ Existe ainda os riscos do ativismo judicial nessa interpretação, nos moldes da dicotomia entre Hart e Dworkin, variando de “sonho nobre” a pesadelo, e nesse sentido Kozicki e Sanches sintetizam essa temática explicando que só poderia se “afastar o emprego da discricionariedade judicial se houvesse estabelecido no direito uma ordem hierarquizada dos princípios cabendo ao juiz apenas aplicá-los”.⁵⁵

Nesse sentido, Lima argumenta em favor de critérios de uma maioria qualificada, ou supermaioria, para a revisão judicial das emendas constitucionais. Isso porque houve a superação de todas as formalidades procedimentais para se alcançar uma emenda constitucional pela autoridade com poder de emenda, que demonstra a força popular e política da emenda realizada, e não entende ser proporcional nem razoável, uma votação pelo método majoritário, por maioria simples, no tribunal competente para a revisão judicial da emenda, prevalecer sobre todas as forças que criaram a emenda.⁵⁶

Contudo, nessa questão da eventual exigência de uma supermaioria para o tribunal aprovar a revisão judicial da emenda constitucional, haveria de ser realizada por uma emenda constitucional, de forma que esta alterasse a regra procedimental para a revisão judicial pelo tribunal revisor. Essa emenda que criar critérios de supermaioria, haveria ainda de ser analisada pelo tribunal revisor valendo-se dos critérios então vigentes, majoritário ou maioria simples.⁵⁷

O uso irrestrito da revisão judicial transfere o *locus* da mudança constitucional das autoridades encarregadas do poder de emenda para os tribunais, que poderiam utilizá-lo como um trunfo estratégico, aplicando-a de forma seletiva e elevando seus poderes em relação aos demais, pois passaria a ter a última palavra sobre a interpretação das leis e também da constituição.⁵⁸ Nesse sentido é importante para se manter um equilíbrio adequado entre os poderes, que os tribunais sejam autocontidos no tocante à revisão judicial das emendas constitucionais.

Nesse sentido, Lima entende que a revisão judicial das emendas constitucionais “deve ser diverso do controle de constitucionalidade exercido sobre a legislação infraconstitucional. Principalmente porque são normas jurídicas com diferentes fontes produtoras (poder constituinte derivado e poder constituído) e diversos níveis de engajamento deliberativo, do ponto de vista normativo”.⁵⁹

No caso de anulação da emenda constitucional, a autoridade de emenda pode reconstituir a emenda de acordo com a decisão do tribunal ou modificá-la de forma a evitar o

vício constitucional. No caso de interpretação conforme a constituição, se a autoridade da emenda não estiver satisfeita com o novo significado da emenda, ela teria que anular a emenda através do processo de emenda.⁶⁰

Nesse sentido, Roznai entende que a inalterabilidade é um “instrumento constitucional complexo e potencialmente controverso, que deve ser aplicado com cuidado e reservado apenas para os princípios básicos da ordem democrática”, e, como regra geral, a vontade democrática deve ser observada, em harmonia com os demais poderes do Estado, e assim os tribunais não devem intervir e anular as opções políticas da autoridade da emenda, devendo realizar um esforço jurídico para interpretar as emendas constitucionais em conformidade com a constituição, de forma a apenas os casos mais claros de transgressão justificarem a revisão judicial.

7 CONCLUSÕES

A existência de uma constituição representa a consolidação jurídica de princípios e garantias fundamentais de uma sociedade, de um povo, que por força do poder constituinte originário, institui um norte ao ordenamento jurídico do Estado. A constituição é a lei suprema do Estado, estabelecendo direitos e deveres ao povo que a promulgou. Assim, seus valores fundamentais estariam consolidados e resguardados, de forma que as conquistas alcançadas restem protegidas, presumindo que as novas disposições jurídicas tragam garantias e direitos melhores do que os anteriormente existentes, e objetivando também que as gerações futuras desfrutem dessas conquistas, estipulando-se assim cláusulas pétreas, que não possam ser modificadas pelo poder constituinte derivado, evitando-se um retrocesso nessas conquistas.

Há um contrassenso nessa argumentação, tendo em vista que a emergência de um poder constituinte originário supõe um ato de força, em função do descontentamento da sociedade com o sistema jurídico até então vigente, quiçá regido por uma constituição ora revogada. Assim, ao impor cláusulas pétreas na nova constituição, dificultando excessivamente ou inviabilizando as gerações futuras de realizarem ajustes no texto constitucional às demandas que surgirão, os anseios dessa nova sociedade podem levar à reemergência do poder constituinte originário, num ciclo de renovação completa da constituição, e não via conquistas incrementais objetivadas originalmente pelos vitoriosos no projeto político da

⁵⁴ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges. Jurisdição Constitucional: entre a guarda da Constituição e o ativismo judicial. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 20, n. 121, jun./set. 2018, p. 468-494. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1512/1251>> acesso em: 12 ago. 2020. p. 485.

⁵⁵ KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda K. C. O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de hart e o necessário diálogo com Dworkin. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/QJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/778/472>> acesso em: 12 ago. 2020. p. 106.

⁵⁶ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 191.

⁵⁷ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 208.

⁵⁸ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 230-231.

⁵⁹ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 170.

⁶⁰ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 232.

constituição.

A pretensão de perfectibilidade da nova constituição pelos seus idealizadores, reflete uma ideia paternalista, que acredita conhecer o que é melhor para o povo, consagrando os princípios ou instituições que valorizam. Assim, Roznai observa que “o ambiente em que as constituições emergem influencia profundamente o caráter e a composição de qualquer cláusula pétrea incluída no seu texto”⁶¹, e que a existência das disposições inalteráveis reflete a desconfiança em relação àqueles que irão deter o poder de emenda.

Nesse sentido, observa-se um crescimento dessas disposições inalteráveis nas constituições pelo mundo, contudo, também há uma ampliação das teorias que defendem a constituição mesmo sem a previsão expressa de cláusulas pétreas, pois haveria um núcleo fundacional e principiológico implícito e inalterável, que somente poderia ser modificado apelando-se ao poder constituinte originário. A importância da existência de limitações explícitas ao poder de emenda, revela-se especialmente na sua revisão judicial, conferindo maior legitimidade à mesma e menor impacto institucional.

As limitações ao poder de emenda, decorre que ele é derivado das disposições do poder constituinte primário, que o criou para exercer o papel reformador, sem dispor das cláusulas pétreas. Contudo, por vezes sua força o torna um poder *sui generis*, extrapolando os modelos de hierarquias de normas infraconstitucionais.

Nesse sentido, o poder de emenda comporta uma ampla faixa de legitimidade, direcionando os constitucionalistas a projetarem regras de emendas constitucionais escalonadas proporcionalmente ao valor atribuído a cada um dos princípios constitucionais a ser emendado, sendo para os mais fundamentais exigido um processo mais participativo, demorado, deliberativo e inclusivo, em contraste com as disposições menos fundacionais, que poderiam ser alteradas pela classe política.

A revisão judicial das emendas constitucionais normalmente cabe ao tribunal constitucional, ou suprema corte, que deve verificar se foram observados o devido processo e os limites para a emenda, não modificando nenhuma disposição inalterável ou cláusula pétrea. A intervenção judicial deve ser limitada às falhas do processo político, de forma a evitar o autointeresse político e a discriminação das garantias constitucionais às minorias, impedindo assim a tirania da maioria.

O poder de declarar inconstitucional uma emenda constitucional não é menos notável do que o próprio poder de realizar a emenda. A revisão da emenda pelos juízes comporta critérios interpretativos que levam a uma zona cinzenta sobre o que seria uma emenda inadmissível, variando do menor desvio ou violação sobre os princípios basilares, até somente aquelas mais severos. Considerando que a emenda alcançou êxito em todo o processo previsto constitucionalmente, demonstrando força popular e política, não seria proporcional que uma votação por critério majoritário, com os juízes divididos, prevalecesse. Nesse

sentido há preferência por um critério de supermaioria para o tribunal aprovar a revisão judicial da emenda constitucional, mantendo-se um equilíbrio entre os poderes.

Como a inalterabilidade das cláusulas pétreas não poderia restringir as gerações futuras de exercerem o seu poder constituinte primário, e alterar mesmo as disposições inalteráveis, a inalterabilidade por emendas constitucionais limita apenas o poder constituinte secundário. Nesse sentido, a existência de um processo de emenda possibilita atualizar o texto constitucional, adequando-o às demandas da atual geração, evitando convulsões revolucionárias.

Um rigor extremo sobre a inalterabilidade na revisão judicial, inviabilizando qualquer possibilidade de emenda, pode se tornar um obstáculo intolerável à mudança política e social, forçando a reemergência do poder constituinte originário. Assim, a inalterabilidade rigorosa pode ser contraproducente, pois ao impedir uma modificação com apoio popular, pode levar à substituição de toda a constituição.

Assim, chega-se que a inalterabilidade é um conceito complexo e controverso, que exige cuidado em sua utilização, reservado apenas aos princípios fundacionais da constituição. Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade de uma emenda constitucional é medida de força extrema, que deve guardar harmonia com a vontade democrática e com os demais poderes do Estado.

Como regra geral, os tribunais não devem intervir e anular as opções políticas da autoridade da emenda, sendo preferível realizar um esforço jurídico para uma interpretação em conformidade com a constituição, de tal modo que apenas os casos mais explícitos de transgressão justifiquem a revisão judicial.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENVINDO, Juliano Zaiden. Resenha: “Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power”, de Yaniv Roznai. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 349-356, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60171>> acesso em: 05 ago. 2020.
- KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda K. C. O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/QJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/778/472>> acesso em: 12 ago. 2020.
- LIMA, Jairo; BEÇAK, Rubens. Emenda constitucional e constitucionalismo político: a potencial moderação das críticas ao controle judicial de constitucionalidade. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3665/0>> acesso em: 14 ago. 2020.
- LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 1,

⁶¹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School

of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 25. (tradução do autor)

p. 111-145, jan./abr. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rinc/v1n1/2359-5639-rinc-01-01-0111.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges. Jurisdição Constitucional: entre a guarda da Constituição e o ativismo judicial. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 20, n. 121, jun./set. 2018, p. 468-494. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1512/1251>> acesso em: 12 ago. 2020.

ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020.