

A TEORIA DO DESMEMBRAMENTO CONSTITUCIONAL DE RICHARD ALBERT: REFLEXÕES SOBRE SUA APLICABILIDADE AO BRASIL

RICHARD ALBERT'S THEORY OF CONSTITUTIONAL DISMEMBERMENT: THOUGHTS ABOUT ITS APPLICABILITY TO BRAZIL

*Marcus Vinicius de Barros Magalhães Ribeiro**

RESUMO

O presente artigo busca analisar a Teoria do Desmembramento Constitucional, tal como concebida pelo Professor Richard Albert, e propõe uma reflexão acerca de sua utilidade no cenário brasileiro atual. Primeiramente, define-se o fenômeno do Desmembramento como o esforço de transformação da identidade, valores e arquitetura de uma constituição, protegidos ou não por cláusulas pétreas, mantendo-se, porém, a estabilidade da constituição alterada. Para que tal esforço afigure-se legítimo, Albert propugna a necessidade de observância da denominada “regra de mutualidade”. Em seguida, a teoria do desmembramento e a regra de mutualidade, tais como expostas pelo referido professor, são metodologicamente fixadas como pontos iniciais que, auxiliados pela escala de medição de rigidez constitucional de Lutz, passam a ser submetidos à avaliação de compatibilidade com a ordem constitucional brasileira. Seguindo o *iter*, conclui-se que uma versão mitigada da teoria do desmembramento, que reconhecesse e interagisse com o sistema de controle de constitucionalidade forte exercido pelo judiciário pátrio, seria, em tese, compatível com a ordem constitucional brasileira, fomentando inclusive a participação popular nos processos de mudança constitucionais.

* Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado. E-mail: mviniusr91@gmail.com

Palavras-chave: Poder constituinte; Desmembramento; Mutualidade; Jurisdição constitucional; Diálogos sociais.

ABSTRACT

This article analyses the Constitutional Dismemberment Theory as conceived by Professor Richard Albert, and proposes a reflection about its usefulness in the current Brazilian scenario. Firstly, the Dismemberment phenomenon is defined as the effort of transforming the identity, values and architecture of a constitution, protected or not by unamendable provisions, but maintaining the stability of the altered constitution. In order for such an effort to be legitimate, Albert argues for the need to adopt the so-called “rule of mutuality”. Next, the dismemberment theory and the rule of mutuality, as exposed by the said Professor, are methodologically fixed as initial points which, aided by Lutz’s scale of measurement of constitutional rigidity, are then subject to an assessment of compatibility with the Brazilian constitutional order. Finally, after following the methodological path, it is possible to conclude that a mitigated version of the theory of dismemberment, which recognizes and interacts with the Brazilian system of strong judicial review, would in theory be compatible with its constitutional order, enhancing popular engagement in the procedures of constitutional change.

Keywords: Constituent Power; Dismemberment; Mutuality; Judicial Review; Social Dialogues.

INTRODUÇÃO

Inicia-se aqui uma breve reflexão sobre a teoria do Desmembramento Constitucional, desenvolvida em artigo seminal de autoria do Professor Associado do Boston College of Law Richard Albert¹, que visa, como será melhor explicitado nos tópicos abaixo, revisitar o arcabouço teórico tradicional acerca do poder constituinte originário, propondo uma visão alternativa à dicotomia poder constituinte/poder de reforma à constituição, mediante a qual se permitiria a realização de alterações parciais, porém profundas, na identidade, valores ou arquitetura constitucional – o chamado desmembramento – mediante o emprego de regras que simulam o procedimento utilizado para a ratificação da constituição que se quer ver substancialmente modificada, sem, porém, ocasionar a ruptura completa da ordem constitucional vigente.

Por conseguinte, objetiva o presente texto, além de apresentar o fenômeno do desmembramento constitucional e a teoria construída por Albert em torno

¹ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

deste, introduzir regra elaborada pelo referido professor – denominada regra de mutualidade – para que o desmembramento seja realizado de forma legítima, tecer eventuais críticas tanto à teoria quanto à regra apresentada e, em remate, promover uma reflexão acerca de sua aplicabilidade à ordem constitucional brasileira.

Com efeito, os temas que serão objeto de reflexão ao longo deste artigo são dotados de suma relevância ao procurarem trazer a debate novel mecanismo que busca conciliar o princípio democrático de autodeterminação de cada geração popular para decidir coletivamente seu rumo com a proteção, postulada pelo Constitucionalismo, de liberdades individuais e grupos minoritários em face do Estado e da Coletividade. A teoria do desmembramento, em específico, teria o potencial, se bem explorada e aplicada ao Brasil, de dar maior legitimidade à atuação congressual em reformas polêmicas no texto constitucional e, ao mesmo tempo, de conter interpretações expansivas das cláusulas pétreas pelo judiciário no sentido de entrincheirar privilégios indevidos, sem, contudo, tolhê-lo de seu importantíssimo papel contramajoritário.

De qualquer forma, o propósito maior aqui não é o de expor uma fórmula pronta e acabada que substitua a narrativa *mainstream* acerca da dicotomia que cerca as concepções de poder constituinte originário e derivado, mas de trazer à comunidade jurídica pátria outra visão, a ser ainda aprimorada e estudada com rigor, de como equacionar a tensão entre democracia e constitucionalismo, sem resvalar seja para uma ditadura dos mortos, seja para uma ditadura dos vivos.

Do ponto de vista metodológico, este trabalho adota como ponto de partida – premissa básica – a teoria do desmembramento e a regra de mutualidade, tais como enunciadas por Richard Albert. Emprega-se, ainda, como ferramenta auxiliar à melhor aplicação da regra de mutualidade a escala de medição da dificuldade dos procedimentos de alteração constitucional desenvolvida por Donald Lutz², pois permite comparações controláveis entre diferentes procedimentos adotados pelo constituinte originário e reformador. Adentrando no contexto brasileiro, buscar-se-á verificar, aplicando os conceitos e o ferramental mencionados, se o procedimento de elaboração e ratificação da Constituição de 1988 apresentou maior grau de rigidez e consentimento popular do que o atualmente previsto para a modificação de seu texto. Em caso positivo, a regra de mutualidade far-se-á útil ao sistema jurídico brasileiro, pois esta, ao determinar que o procedimento de alterações transformativas na CRFB se dê com base em *iter* mais gravoso que o de emenda à constituição, fomenta a inclusão e mobilização dos

² LUTZ, D. S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, June, 1994. p. 355-370. Disponível em: <http://econ-server.umd.edu/~wallis/398W/lutz_amendment_APSR_1994.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

diversos segmentos da sociedade na deliberação e aprovação de mudanças substanciais no texto constitucional, participação social de que carece atualmente. Todavia, o trabalho também leva em conta as possibilidades e limites hermenêuticos dos enunciados normativos inscritos na lei suprema, que dão ao judiciário função central no sistema constitucional pátrio, razão pela qual a teoria do desmembramento deve passar também pelo filtro da ordem constitucional positiva para fins de aferição de sua viabilidade prática no Brasil e, se necessário, compatibilizando-a com as relevantes atribuições que as instituições da república exercem.

Pois bem, feitas as considerações acima, o presente artigo passa a apresentar logo abaixo, em seu segundo tópico, o conceito de desmembramento (ou desmonte) constitucional enquanto fenômeno, diferenciando-o do de constitucionalismo abusivo, proposto pelo Professor David Landau. Em seguida, no terceiro tópico, debruça-se sobre a regra de mutualidade, como visto rapidamente *supra*, expediente direcionado à avaliação da legitimidade de alterações constitucionais transformativas inconsistentes com a identidade, valores fundamentais ou arquitetura da lei maior em vigor. Na sequência, exploram-se no quarto tópico as possíveis relações entre a teoria de Richard Albert e a jurisdição constitucional. Ao final, no quinto e último tópico, busca-se averiguar a viabilidade de sua aplicação, ainda que mitigada, à realidade brasileira

O DESMEMBRAMENTO CONSTITUCIONAL

O fenômeno do *Desmembramento Constitucional* representa uma interessante contribuição na tentativa de reconstrução da vetusta Teoria do Poder Constituinte, adequando-a à promessa emergente do pós-guerra de (re)fundar comunidades políticas segundo o ideário de autodeterminação popular³.

O conceito de Desmembramento, tal como explica o ilustre professor Albert, procura superar a dicotomia construída ao longo de três séculos de estudo acerca da relação entre o poder constituinte dito “originário”⁴ e o poder de reforma

³ Para um olhar contemporâneo acerca da Teoria do Poder Constituinte, comprometida com o Estado Democrático de Direito e sem mistificações teológicas, Cf. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Cap. 6, p. 243-279; BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Cap. IV, p. 129-156.

⁴ Como expõe Barroso, vários são os autores que se opõem ao uso da locução “poder constituinte derivado” para tratar do poder de reforma constitucional. Desta forma, não haveria, igualmente, razão para atribuir ao poder maior de (re)fundar a ordem constitucional o rótulo de “originário”, bastando denominá-lo de Poder Constituinte (*Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Cap. IV, p. 179-180).

constitucional, derivado e subordinado àquele primeiro, destacando-se as contribuições dadas por Sieyès⁵ e Cooley⁶.

A despeito de diferenças terminológicas e de fundo entre as teorias destes pensadores, um ponto de convergência em suas obras refere-se ao binarismo encontrado no caminho percorrido, a fim de que se proceda a uma alteração constitucional: ou ela se dará por via de um *poder constituído*, em regra, por meio do emprego de *emenda*, instrumento utilizado para a correção de falhas ou para o aperfeiçoamento do texto constitucional, mantendo-se, porém, intactas as decisões fundamentais estruturantes do diploma supremo⁷, ou, caso as modificações sejam de tal monta a ponto de afetá-las, ter-se-á por configurado o exercício do *poder constituinte*, surgindo desta manifestação uma nova ordem jurídica.

De fato, Albert aponta quatro proposições fundamentais à hipótese do *pouvoir constituant* em sua forma tradicional⁸: (i) a proposição binária (*binary proposition*), segundo a qual as alterações constitucionais resultam ou em uma emenda constitucional, ou em uma nova constituição; (ii) a proposição processo-resultado (*process-outcome proposition*), segundo a qual as alterações constitucionais formalizadas conforme as regras de emenda à constituição nem sempre resultam em efetivas emendas, mascarando, por vezes, mudanças radicais que exigiriam, em tese, pronunciamento do poder constituinte; (iii) a proposição da ilegitimidade (*illegitimacy proposition*), segundo a qual alterações constitucionais que resultem em algo que não uma efetiva emenda são ilegítimas

⁵ O Abade Francês Emmanuel Joseph Sieyès, nomeado para representar o Terceiro Estado na Assembleia dos Estados Gerais, convocada por Luis XVI em 1789, produziu, durante o processo revolucionário, sua *magna opus* “*Qu’est-ce que le Tiers État*”, em que traça uma fundamental distinção entre o *poder constituinte*, representante por excelência da vontade da nação e limitado apenas pelo direito natural, e o *poder constituído*, juridicamente adstrito aos termos da delegação outorgada por aquele primeiro. Cf. SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa: Qu’est-ce que le Tiers État?*. Tradução de Norma Azevedo. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Cap. IV, p. 131-132.

⁶ O jurista oitocentista norte-americano Thomas M. Cooley sustentava, conforme narra Laurence H. Tribe, a existência de limites implícitos ao poder formal de reforma previsto pelo artigo V da Constituição Americana de 1787. Destarte, emendas à constituição que se propusessem a desnaturar algum de seus princípios fundamentais, dentre os quais a federação, seriam inválidas, eis que em desarmonia com o espírito da ordem constitucional originalmente concebida, procurando subvertê-la e destruí-la, em vez de aperfeiçoá-la ou repará-la, violando, por conseguinte, a vontade popular expressa por meio dos *founding fathers* no Congresso da Filadélfia. Cf. TRIBE, L. H. *American Constitutional Law*. 3. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000, p. 113.

⁷ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 3-5. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁸ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 3-5. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 45-46.

quando confrontadas com a constituição vigente anterior à mudança; e (iv) a proposição dos limites implícitos⁹ (*implicit limitations proposition*), segundo a qual mesmo quando o texto constitucional não designar expressamente os tipos de alteração que podem ser instrumentalizados por emenda à constituição e aqueles que carecem do exercício do poder constituinte, tal distinção faz-se implícita na própria natureza do que é uma emenda e do que é uma constituição.

Por sua vez, o desmembramento viria a ocupar posição intermediária entre as duas formas de alteração acima propugnadas, representando um esforço deliberado de desmontar uma ou mais partes constituintes da lei fundamental (protegidas por cláusulas pétreas implícitas ou explícitas), sejam estas codificadas ou não, transformando sua identidade, valores ou arquitetura, sem, contudo, provocar uma ruptura na continuidade legal necessária à manutenção de um regime político estável¹⁰.

A alteração na identidade constitucional¹¹, primeira grande dimensão do fenômeno estudado, é definida como a “[...] transformação fundamental em como a Constituição é percebida e entendida por aqueles regidos por ela, pelos que se encontram acima de sua autoridade legítima, ou por ambos”¹². Assim, ao que parece, Albert trabalha com uma concepção sociológica de identidade constitucional, cujo reconhecimento fica, dessarte, condicionado ao assentimento da sociedade aberta de intérpretes¹³ da norma maior¹⁴. A título de exemplo, o

⁹ Limites estes também denominados pela doutrina pátria *cláusulas pétreas implícitas*. Cf. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 317-321.

¹⁰ Nas palavras de Albert, logo na introdução de seu artigo, no original em inglês: “A constitutional dismemberment is a deliberate effort to disassemble one or more of the constitution’s constituent parts, whether codified or uncoded, without breaking the legal continuity that is necessary if not useful for maintaining a stable polity. Dismemberment seeks to transform the identity, the fundamental values or the architecture of the constitution”. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 1. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

¹¹ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 11-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

¹² Tradução livre do original em inglês: “This entails a fundamental transformation in how the Constitution is perceived and understood either by those it governs or those beyond its legitimate authority, or both”. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 11-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 11.

¹³ Sobre o conceito de Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição, Cf. HÄRBELE, P. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (reimpressão de 2002).

¹⁴ Ou seja, em termos práticos, integrarão a identidade constitucional aqueles dispositivos considerados por relevantes atores sociais, políticos e institucionais como dela fazendo parte.

Partido Liberal Democrático Japonês vem conduzindo plano que busca implodir o inabalável compromisso do país com a paz internacional, mediante revisão do artigo 9º da constituição nipônica de 1946, dispositivo este considerado pela sociedade daquela nação basilar para sua estabilidade e prosperidade¹⁵.

Já os valores constitucionais¹⁶ seriam aqueles que formam a base fundamental de determinado regime político. Segundo o referido autor, sua função é a de “[...] auxiliar-nos a hierarquizar as regras legais, princípios morais e compromissos políticos de um regime, relativamente uns aos outros”¹⁷. Além disso, também “[...] informariam as escolhas feitas pelos atores políticos e influenciariam como os juízes interpretam a constituição”¹⁸. Não obstante seu mérito, tal conceituação apresenta problemas, pois não torna clara a distinção e a interação existentes entre “valores” e “identidade” da constituição para fins de categorização das espécies de desmembramento¹⁹. Inclusive, dentre os casos colacionados para esta hipótese, encontra-se o da Emenda Constitucional n. 95/2016 à Constituição da República Federativa do Brasil, que teria ido de encontro aos valores sociais básicos consagrados na CRFB/88²⁰. Não há razão aparente, porém, para que esses valores, dotados de alta estima e reconhecimento pela sociedade brasileira, não sejam considerados também parte de sua identidade constitucional.

¹⁵ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 11-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017 p. 11-16. Confira-se, em inglês, a redação do artigo 9º: “Aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes. In order to accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the state will not be recognized”. JAPÃO. Constituição (1946). Disponível em: <http://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html>. Acesso em: 29 ago. 2017.

¹⁶ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 11-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 25-32.

¹⁷ Tradução livre do original em inglês: “They help us rank the regime’s legal rules, moral principles and political commitments relative to each other [...]”. *Ibidem*. p. 25.

¹⁸ Tradução livre do original em inglês: “[...] they inform the choices political actors make, and they influence how judges interpret the constitution”. *Ibidem*.

¹⁹ Trata-se, é verdade, de óbice de menor importância à teoria, pois a divisão epistêmica do fenômeno em categorias não implica em diferentes prescrições a fim de que mudanças radicais na constituição sejam dotadas de legitimidade, mas, ao contrário, em única regra (regra de mutualidade), discutida no tópico seguinte.

²⁰ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 28-30. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017. Cf. também BENVINDO, J. Z. “Constitutional Dismemberment” and Political Crisis in Brazil: Populism in Sight? *Int’l J. Const. L. Blog*, May 6, 2017. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2017/05/constitutional-dismemberment-and-political-crisis-in-brazil-populism-in-sight/>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

Em seguida, a arquitetura constitucional²¹ diz respeito a como a constituição disciplina o exercício legítimo da autoridade estatal e estrutura o modo de funcionamento e a repartição do poder entre os distintos órgãos por ela criados. Elenca-se como caso vinculado a este tipo de alteração o redesenho do sistema eleitoral neozelandês²², promovido na década de 1990, ao transformar eleições parlamentares distritais simples, regidas pelo velho modelo inglês *first-past-the-post*, que haviam contribuído para a formação de gabinetes unipartidários de baixa responsividade política, em proporcionais, levando, nos vinte anos seguintes, a uma radical difusão de poder entre os partidos e à formação de coalizões governamentais com maior representatividade política²³.

Pois bem, consoante assevera o referido professor, do ponto de vista descritivo, a prática de desmonte constitucional vem ocorrendo mediante o recurso, por parte de atores políticos e sociais inseridos em dada comunidade, às regras formais de reforma previstas na própria constituição objeto de transmutação, realidade esta que merece reparos, a fim de garantir sua efetiva consonância com a vontade de uma maioria qualificada e estável do povo, titular máximo da soberania. Sem embargo, a teoria desenvolvida procura distanciar-se de eventuais juízos de valor quanto ao conteúdo das normas alvo de desmembramento, não ficando este fenômeno atrelado a um dado conjunto de valores ou instituições reputados como mais virtuosos em relação a outro.

Explique-se: a conceituação teórica de desmembramento abarca tanto mudanças constitucionais fundamentais comprometidas com o aprofundamento do ideário liberal-democrático e a promoção da dignidade da pessoa humana, como as decorrentes da promulgação das 13^a, 14^a e 15^a emendas à Constituição norte-americana logo após a guerra de secessão²⁴, quanto aquelas que vão em sentido oposto, esfacelando garantias e direitos fundamentais de minorias, vertendo órgãos de contenção do poder e enfraquecendo a democracia em suas mais diversas facetas. Neste ponto, Albert salienta com clareza que “[...] a teoria do desmembramento constitucional não impõe parâmetros substantivos quanto a

²¹ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 11-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 32-41.

²² Insta salientar que a Nova Zelândia possui, tal como a Inglaterra, uma constituição histórica, não codificada e flexível. Esse fato demonstra a abrangência do fenômeno do desmembramento, que também pode ser verificado em sistemas radicados no constitucionalismo inglês.

²³ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 11-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 39-41.

²⁴ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 103. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017. A reforma eleitoral ocorrida na Nova Zelândia, supramencionada, é outro exemplo.

quais mudanças seriam permissíveis ou até quais seriam boas em sentido normativo. O que importa [...] é o *quantum* de suporte popular à mudança²⁵.

Daí é possível diferenciá-la de outra categoria de igual relevância no âmbito do estudo das alterações constitucionais, qual seja, a do Constitucionalismo abusivo, definida pelo professor da Universidade Estadual da Flórida David E. Landau como a prática que envolve o uso de mecanismos de mudança constitucional – emendas ou mesmo a própria substituição da lei maior – com a precípua finalidade de enfraquecer o estado democrático e perpetuar determinado projeto de poder almejado por um movimento político ou coalizão partidária²⁶, em geral de índole populista²⁷⁻²⁸. Em suas claras palavras:

Enquanto métodos tradicionais de derrubada da democracia, como o golpe militar, encontram-se em declínio por décadas, o uso de ferramentas constitucionais para a criação de regimes autoritários e semiautoritários é cada vez mais prevalente. Poderosos presidentes e partidos em exercício podem engendrar mudanças constitucionais de modo a tornar a si mesmos muito difíceis de desalojar e a desarmar instituições

²⁵ Tradução livre do original em inglês: “[T]he theory of constitutional dismemberment dos not impose substantive parameters on what changes are permissible or even which are good in the normative sense. What matters instead is the *quantum* of popular support for the change”. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 103. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

²⁶ LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, November, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646. p. 191. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

²⁷ Sobre a emergência de um Constitucionalismo Populista em pleno século XXI e suas principais características, cf. DIXON, R. Populist Constitutionalism and the Democratic Minimum Core. *Int'l J. Const. L. Blog*, apr. 26, 2017. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2017/04/populist-constitutionalism-the-democratic-minimum-core/>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

²⁸ No âmbito do direito constitucional comparado, foram igualmente cunhados outros termos para designar, ao menos em suas linhas gerais, fenômeno idêntico ao retratado pela teoria do constitucionalismo abusivo, entre os quais podem ser destacados o de captura constitucional (*constitutional capture*) e retrocesso constitucional (*constitutional retrogression*). Gila Stopler, por exemplo, define a captura constitucional como “[...] o processo pelo qual os poderes governamentais em determinado país empregam ferramentas legais, políticas e de opinião pública para criar uma mudança gradual no sistema constitucional, mediante enfraquecimento das características liberais e democráticas do sistema, substituindo-as por outras de viés autoritário [...]” (tradução livre do original em inglês: “Constitutional capture is the process by which the governing powers in a certain country use legal, political, and public opinion tools to create a gradual change in the constitutional system, by undermining the liberal democratic characteristics of the system and replacing them with authoritarian ones [...]”). STOPLER, G. Introduction to I-CONnect/ICON-S-IL Symposium: Constitutional Capture in Israel? *Int'l J. Const. L. Blog*, aug. 20, 2017. Disponível em <<http://www.icconnectblog.com/2017/08/introduction-to-i-connecticon-s-il-symposium-constitutional-capture-in-israel/>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

como cortes, [...]. As constituições resultantes ainda parecem, à distância, democráticas, e contêm vários elementos não diferentes daqueles encontrados em constituições democráticas liberais. Mas, de perto, elas revelam ter sido substancialmente retrabalhadas para debilitar a ordem democrática²⁹.

A preocupação central de Landau é com a preservação de um arranjo institucional específico, de matriz liberal-burguesa, contra investidas de caudilhos e facções³⁰, que, ao recorrerem à figura mítica do povo e lançarem mão de instrumentos formais de democracia, mormente direta, procuram, em verdade, fincar raízes indelévels no seio do poder, para de lá não saírem tão cedo. Seu grande foco é, portanto, explorar a viabilidade e eficácia de meios de contenção e invalidação de emendas constitucionais e assembleias constituintes propostas sob o signo de fraude³¹, cujo objetivo maior seja o de instaurar regimes autoritários ou híbridos³².

²⁹ Tradução livre do original em inglês: “While traditional methods of democratic overthrow such as the military coup have been on the decline for decades, the use of constitutional tools to create authoritarian and semi-authoritarian regimes is increasingly prevalent. Powerful incumbent presidents and parties can engineer constitutional change so as to make themselves very difficult to dislodge and so as to defuse institutions such as courts that are intended to check their exercises as power. The resulting constitutions still look democratic from a distance and contain many elements that are no different from those found in liberal democratic constitutions. But from close up they have been substantially reworked to undermine the democratic order”. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. 191. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

³⁰ O conceito de facções aqui referido é aquele desenvolvido por James Madison no *Federalista* de n. 10, qual seja, o de um conjunto de cidadãos, constituindo seja uma maioria ou uma minoria do todo, unidos e atuantes conforme uma paixão ou interesse comum adverso aos direitos dos demais cidadãos ou da comunidade. Cf. HAMILTON, A; MADISON, J; JAY, J.; ROSSITER, Clinton (Ed.). *The Federalist Papers*. Signet Classic, p. 71-79.

³¹ Em seu artigo, David Landau analisa a efetividade de diversas tecnologias jurídicas costumeiramente empregadas na tentativa de conter fraudes à constituição. São elas, no plano de direito interno: (a) o conceito de democracia militante e o banimento de partidos políticos cuja orientação seja incompatível com os valores da ordem democrática e o respeito aos direitos humanos; (b) o estabelecimento de distintos processos de alteração constitucional (*Tiered Constitutional Amendment thresholds*), variáveis em termos de rigidez conforme a sensibilidade e importância do preceito constitucional a ser protegido; (c) a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais, que advoga a possibilidade de controle judicial de emendas com base em limites, expressos ou implícitos, ao poder de reforma constitucional; (d) a previsão de normas constitucionais que estabeleçam requisitos democráticos mínimos para a eventual convocação de uma nova assembleia constituinte, evitando o recurso abusivo e ilegítimo a esta prática. Já no plano do direito internacional, tem-se: (e) as cláusulas democráticas previstas em tratados constitutivos de organismos internacionais e blocos econômicos regionais; e (f) o projeto de criação de uma corte constitucional internacional capaz de averiguar, denunciar e combater manobras constitucionais ilegais, perpetradas em diferentes jurisdições, que contribuam para a erosão do estado democrático de direito. Cf. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. 216 et seq. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

Do confronto entre ambas as teorias extrai-se que o desmembramento é fenômeno de maior *abrangência* e menor *carga axiológica*, se comparado ao constitucionalismo abusivo, focado que é em obstar manobras que tornem certo regime político significativamente menos liberal-democrático³³. Apesar de ideias distintas, os dois autores parecem convergir quanto ao potencial de ferramentas que incentivem deliberações inclusivas, feitas em tempo razoável e prévias a alterações constitucionais disruptivas³⁴, seja para legitimar tais transformações –

³² Em verdade, evitar a ascensão de regimes ditos híbridos ou semiautoritários representa, para a teoria do constitucionalismo abusivo, propósito e desafio até maior que o de conter regimes claramente autoritários, decorrentes da tomada das instituições à força. Isto porque líderes que desejam se perpetuar no poder e enfraquecer direitos de opositores e minorias vêm crescentemente explorando *buracos negros* e *cinzentos* da ordem constitucional, lançando mão de meios juridicamente dúbios e pouco regulados, contudo não peremptoriamente ilegais – como, e. g. a convocação de assembleias constituintes – para criar uma espécie de governo autoritário-competitivo (*competitive authoritarian regimes*), em que eleições regulares são realizadas, mas as regras de participação no pleito são tão restritivas, o controle do aparelho governamental tão enraizado e a manipulação dos meios de massa tão intensa, que há severas dificuldades em retirar o governante de plantão do poder. Cf. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. p. 211-216. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017. Como exemplo recente dessa prática, vide a convocação, em maio de 2017, de uma nova constituinte na Venezuela por decisão do presidente Nicolás Maduro, em conselho de ministros. Apesar de respaldado pelo artigo 348 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela, o ato teve claro intuito de esvaziar a *Asamblea Nacional (AN)*, órgão legislativo de maioria opositora, como evidenciado pelo seu caráter unilateral, pelo uso de regras eleitorais amplamente favoráveis aos candidatos constituintes alinhados ao Miraflores, pelas suspeitas de fraude na contagem de votos e, pouco após instalada, pela assunção, por parte da nova *Asamblea Constituyente (AC)*, de inúmeras funções legislativas antes pertencentes à *AN*. Ressalte-se que Hugo Chávez, após chegar ao poder em 1999, havia se utilizado de expediente similar para contornar um poder legislativo então refratário ao seu programa de governo. Cf. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. 203-207. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017; FIGUEIREDO, J. Aperitando o cerco. *O Globo*, Rio de Janeiro, 19 ago. 2017. Seção Mundo, p. 21; PARTLETT, W. What's wrong with Venezuela's Constituent Assembly? *Blog of the IACL, AIDC*, Aug. 11, 2017. Disponível em: <<http://wp.me/p5sPRr-yy>>. Acesso em: 24 ago. 2017; FRANCE PRESSE. *Procuradora venezuelana abre investigação por suposta "fraude" na Constituinte*. *GI*, São Paulo, 03 ago. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/procuradora-venezuelana-abre-investigacao-por-suposta-fraude-na-constituente.ghtml>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

³³ Landau utiliza dois parâmetros de maior relevância para medir o grau de democracia praticada em determinado país: (1) em que extensão há competitividade eleitoral entre o partido atualmente no poder e seus opositores, e (2) em que extensão os direitos individuais e de grupos minoritários são protegidos. Cf. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. 189. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

³⁴ Albert acredita que o grande papel da jurisdição constitucional seja o de garantir que o povo e seus representantes tenham procedido a um julgamento ponderado sobre as mudanças que pretendam levar adiante. Por sua vez, Landau afirma categoricamente que um dos mais promissores, e ainda pouco explorados, limites ao poder de reforma é o temporal, ao permitir

segundo a Teoria do Desmembramento Constitucional – seja para contê-las, se de perfil antiliberal – conforme a Teoria do Constitucionalismo Abusivo.

Em termos metodológicos, porém, a teoria substantivista de Landau pode servir de pretexto para a fossilização de segmentos inteiros de uma constituição reputados como essenciais à manutenção da ordem liberal, fornecendo munição para uma interpretação sobreinclusiva dos limites formais e materiais que a tutelam³⁵. Já Albert, ao expor o desmembramento como um fenômeno não intrinsecamente deletério, evita inferências que impliquem em demasiado tolhimento à autodeterminação coletiva da geração presente de cidadãos, além de melhor direcionar o enfoque de sua teoria para a construção de um *método procedimental-deliberativo* apto a conferir legitimidade político-institucional a estes eventuais “desmontes” constitucionais, o qual se denominou, como se verá no tópico a seguir, *regra de mutualidade*³⁶.

MUTUALIDADE – REGRA PARA UM DESMEMBRAMENTO LEGÍTIMO

Em termos simples, a regra de mutualidade consiste em um *teste* que fornece diretrizes para avaliar o grau de legitimidade de alterações constitucionais transformativas inconsistentes com a identidade, valores fundamentais ou arquitetura da lei maior em vigor³⁷. Trata-se de um expediente formulado com o

uma análise mais cautelosa de propostas de alteração estrutural da constitucional, evitando, assim, que forças políticas supermajoritárias, porém provisórias, consigam perpetuar inadvertidamente seu projeto de poder. Cf. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. 227-228. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017; ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 104. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

³⁵ Por evidente, o propósito da teoria do mencionado autor não é a de estabelecer um governo perpétuo dos mortos sobre os vivos, sob o pretexto de evitar o uso abusivo do poder de alteração/substituição de dada constituição. Demonstra-se, inclusive, notável preocupação com o nível de eficácia de instrumentos que retiram por completo o poder de autodeterminação coletiva em prol da manutenção de uma identidade constitucional específica. Landau chega a reconhecer, inclusive, que a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais tende a levar o judiciário, com o passar do tempo, a inflacionar o rol de preceitos constitucionais intangíveis, aumentando as chances de ruptura da ordem vigente. Isto, todavia, não anula o fato de que sua teoria pode vir a fornecer importante subsídio para o uso expansivo desses mesmos instrumentos “fossilizadores”, cuja efetividade coloca em xeque. Cf. LANDAU, D. *Abusive Constitutionalism*. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. 237-238. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

³⁶ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 90-94. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

³⁷ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 91.

intuito de manter a continuidade e a estabilidade da ordem constitucional, a despeito de alteração significativa nesta, ao condicionar a transformação – capaz, inclusive, de suprimir limites materiais ao poder de reforma – à verificação de suporte popular duradouro e refletido, de preferência que replique o observado no momento de elaboração da constituição desmembrada, evitando-se, destarte, a ruptura e substituição integral desta, mediante meios, por vezes, violentos, ao mesmo tempo em que bloqueia tentações de maiorias transitórias.

Sob a égide de tal regra, determinada constituição pode ser desmembrada utilizando-se o mesmo procedimento empregado pelo poder constituinte para ratificá-la e promulgá-la³⁸, desde que preenchidos quatro requisitos concomitantes, chamados por Albert de “fatores” (*factors*), logo abaixo explicitados.

- i) O de Diferenciação (*differentiation*)³⁹, cuja proposição veda o uso do procedimento formal de emenda⁴⁰ para mudanças constitucionais de caráter transformativo, caso os requisitos impostos ao poder reformador mostrem-se menos rigorosos que os empregados pelo constituinte originário para elaborar e ratificar a constituição. Esse fator pode ser representado pelo enunciado prescritivo “se $P_{\text{Const. Orig.}}$ for maior que P_{Emenda} , então $P_{\text{Desmemb.}}$ deverá ser maior que P_{Emenda} ”, em que $P_{\text{Const. Orig.}}$ é medida do grau de dificuldade apresentado pelo conjunto de regras e condicionamentos procedimentais⁴¹ adotados pelo poder constituinte na feitura da constituição vigente; P_{Emenda} é medida do grau de rigidez ditado ao poder reformador pelos limites formais, circunstanciais e temporais antepostos à edição de emendas constitucionais; e $P_{\text{Desmemb.}}$ corresponde ao rito mínimo a ser seguido, a fim de que eventual desmembramento seja reputado legítimo. O exemplo dado por Albert esclarece este primeiro ponto:

[A]ssuma que a constituição federal codificada do País A prevê, como requisito para sua alteração formal a necessidade do consentimento [...] de dois terços da legislatura nacional bicameral e de uma maioria simples

³⁸ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 92.

³⁹ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 92. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁴⁰ Cf. *supra*, a acepção de Emenda Constitucional aqui adotada, cujo propósito específico é apenas o de correção de falhas ou aperfeiçoamento do texto da lei maior.

⁴¹ Para uma visão do poder constituinte como fato político, porém não ilimitado e sujeito, na prática de diversas nações, a condicionamentos jurídicos pré e pós-constituintes, cf. BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143-151.

das legislaturas subnacionais. Por conseguinte, assumo que a constituição foi ratificada pelo voto majoritário de uma Assembleia Constituinte exclusiva, seguido de um referendo nacional. Neste caso, o requisito mínimo de alteração formal, consistente em aprovação por dois terços da legislatura, apenas pode ser usado para emendar a constituição. Nós deveríamos interpretar os requisitos diferenciados como especialmente desenhados para finalidades diversas, sendo a regra de alteração formal [por meio de emenda] projetada para permitir somente mudanças intraconstitucionais⁴².

- ii) O de Unificação (*unification*)⁴³, cuja proposição reconhece ser viável a existência de um procedimento comum que permita tanto o exercício do poder de emenda quanto o de desmembramento, caso os limites ao poder de reforma guardem relação de igualdade com os utilizados pelo constituinte originário para elaborar e ratificar a constituição. Esse fator pode ser representado pela fórmula prescritiva “*se $P_{\text{Const. Orig.}}$ for igual a P_{Emenda} , então $P_{\text{Desmemb.}}$ deverá ser igual a P_{Emenda} ”.*
- iii) O de Simetria (*symmetry*)⁴⁴, cuja proposição sustenta que o processo originário de ratificação da constituição pelo poder constituinte funciona como *modelo-padrão*⁴⁵ quanto ao limiar exigido para a realização do desmembramento. Tal regra parte da premissa de que a decisão de desmontar a carta maior deve estar amparada pelo mesmo *quantum*

⁴² Tradução livre do original em inglês: “For example, assume the codified federal constitution for Country A entrenches a threshold for formal alteration requiring two-thirds supermajority agreement in the bicameral national legislature and simple majority agreement among the subnational legislatures. Further assume that the constitution was ratified by a majority vote in a specially-constituted Constituent Assembly followed by a national referendum. Here the formal alteration threshold requiring two-thirds approval in the legislature could be used only to amend the constitution. We would interpret the differentiated thresholds as specially designed for different purposes, the entrenched rule for formal alteration intended to allow only intra-constitutional changes”. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 92. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁴³ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 92-93. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁴⁴ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 93.

⁴⁵ O termo empregado pelo autor, em inglês, é *default ceiling*, cuja tradução literal seria a de *teto-padrão*. Isso se deve ao fato de a regra de mutualidade vedar, ao menos em tese, a majoração do *quantum* de consentimento necessário para que se proceda ao desmembramento a um nível superior ao observado quando da ratificação da constituição objeto de transformação. Optou-se aqui pela expressão *modelo padrão* por discordância em relação a este aspecto da regra. Cf. *infra* para maiores detalhes quanto a esta crítica.

de acordo mobilizado quando de sua feitura⁴⁶. Esse fator pode ser representado pela fórmula básica “ $P_{\text{Desmemb.}}$ deve ser igual ao $P_{\text{Const. Orig.}}$ ”⁴⁷, observada a complementação feita no item iv) abaixo.

- iv) O da Variabilidade (*variability*)⁴⁸, segundo o qual o *modelo-padrão* exigido para que se dê o desmembramento pode ser substituído por outro cujo procedimento seja menos rigoroso, contanto que o povo e as elites jurídicas ligados à ordem constitucional alvo do desmonte reconheçam sua legitimidade. Trata-se, desta forma, de exceção à igualdade estabelecida pelo fator de simetria, que deve ser assim complementada com a introdução de $F_{\text{variab.}}$, representação do reconhecimento social capaz de abrandar os requisitos de desmembramento, ou, em outras palavras, do fator de variabilidade. Consequentemente, a combinação entre os fatores da *simetria* e da *variabilidade* produzirá a prescrição “se existente $F_{\text{variab.}}$, então $P_{\text{Desmemb.}}$ poderá ser menor que $P_{\text{Const. Orig.}}$ ” e sua contraparte, qual seja, “se inexistente $F_{\text{variab.}}$, então $P_{\text{Desmemb.}}$ deve ser igual ao $P_{\text{Const. Orig.}}$ ”. Para facilitar a compreensão, transcreve-se o trecho em que este tema é abordado:

Retornemos novamente à constituição do País A. O procedimento de ratificação consistiu no voto majoritário em uma Assembleia Constituinte exclusiva seguida de um referendo nacional. Ordinariamente, sob a teoria do desmembramento constitucional, a regra de mutualidade exigiria o mesmo rito para que se procedesse a uma alteração constitucional transformativa. Mas onde o [...] povo tenha mudado sua composição de tal forma que atores políticos e ele próprio passem a reconhecer como válido desmembramento feito com um *quantum* de consentimento menor do que o exigido na ratificação, essa mudança constitucional transformativa deve ser aceita [...]⁴⁹.

⁴⁶ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 93.

⁴⁷ Apesar de vir elencada por Albert como o terceiro fator da regra de mutualidade, entende-se aqui que, do ponto de vista lógico, a simetria, ao propugnar a igualdade fundamental $P_{\text{Const. Orig.}} = P_{\text{Desmemb.}}$, precede, *ceteris paribus*, os fatores de diferenciação e de unificação. Ora, se se parte do princípio de que deve haver equivalência entre o procedimento adotado na ratificação da constituição e em seu desmembramento, e afastada a influência do fator de variabilidade (exposto no item iv), é inexorável que, caso o rito constituinte seja mais complexo que o instituído para o poder reformador, também deverá sê-lo o vinculado ao desmonte constitucional. E, se o rito constituinte guardar equivalência com o reformador, igual será o destino daquele a ser empregado nas alterações transformativas.

⁴⁸ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 93-94.

⁴⁹ Tradução livre do original em inglês: “Return again to the constitution of Country A. The ratification threshold was a majority vote in a specially-constituted Constituent Assembly followed by a national referendum. Ordinarily under the theory of constitutional dismember-

Traçado o panorama geral da regra de mutualidade, algumas observações críticas são dignas de nota. Primeiramente, Albert faz questão de salientar que, se é possível, por meio do fator de variabilidade, a diminuição do *quantum* de consentimento para a aprovação de eventual desmembramento, o mesmo não pode ser dito quanto ao *aumento* deste em relação ao observado no processo originário de elaboração e ratificação da lei maior. Em suas próprias palavras, “Em nenhum caso [...] deve o procedimento [exigido para o desmembramento] elevar-se além do *quantum* requerido para a ratificação da constituição [...]”⁵⁰. Tal assertiva é, contudo, problemática no caso de constituições *outorgadas*, impostas unilateralmente por um líder ou um conjunto específico de atores políticos, sem qualquer participação popular na sua elaboração⁵¹, ou naquelas em que o poder constituinte tenha previsto procedimento de reforma mais rigoroso que o empregado por ele mesmo na aprovação e ratificação da lei suprema.

Na verdade, a regra de mutualidade como um todo não responde bem a essas situações. Seria aplicável o fator de simetria caso se pretendesse realizar um desmembramento em uma constituição originariamente *nominal*, outorgada por um ditador, mas rígida e garantidora de direitos fundamentais no papel, que restasse mantida e convertida em *normativa* após processo de transição democrática?⁵² Como proceder nessa hipótese? Aplicar-se-ia um “fator de equivalência” – diga-se, não constante dentre os quatro anunciados acima – entre o *iter* exigido para sua emenda e aquele a ser aplicado no caso de mudanças transformativas?

Albert busca equacionar tal questão apelando para o aspecto sociopolítico de sua teoria, evidenciado, *e. g.*, na definição dada à *identidade constitucional*⁵³,

ment, the rule of mutuality would require this threshold to make a transformative constitutional alteration. But where the body we call the people has changed in its composition such that political actors and the people recognize as valid a dismemberment made with a quantum of agreement lower than the ratification threshold, this transformative constitutional change must be accepted [...]”. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 93-94. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁵⁰ Tradução livre do original em inglês: “In no case, however, should the threshold ever rise above the quantum required to ratify the constitution to begin with”. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 94. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁵¹ Cf. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 66-67.

⁵² Para uma análise clara e precisa da classificação ontológica das constituições em *normativas, nominais e semânticas*, proposta por Karl Loewenstein, cf. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 65.

⁵³ Cf. tópico anterior.

na diferenciação traçada entre desmembramento e poder constituinte⁵⁴ e no fator da variabilidade: o procedimento a ser utilizado no desmembramento será aquele que alcançar um nível de reconhecimento suficiente do povo e de atores políticos, capaz de legitimar seu exercício. Para trazer luz ao debate, o professor do Boston College dá como exemplo deste tipo de circunstância a tentativa do governo japonês de revisar o artigo 9º de sua lei maior, responsável por sua identidade pacifista, como já abordado no tópico anterior.

Ocorre que a atual constituição nipônica, datada de 1946, veio à vida, por demanda das potências aliadas, sob a forma de emenda constitucional à anterior, de 1889, que requeria, para modificação de seus preceitos, o voto favorável de dois terços dos membros presentes em cada casa do legislativo nacional, alcançado um quórum mínimo de instalação da sessão de também dois terços. Já a de 1946 prevê, em seu artigo 96, regra ainda mais dura para sua alteração, pois além do beneplácito de, no mínimo, dois terços dos membros de cada uma das duas casas do parlamento japonês, é necessária a realização de referendo popular⁵⁵. Esta discrepância foi contornada por Albert por intermédio de uma peculiar interpretação do dispositivo retro, atribuindo-lhe a intenção de unificar os procedimentos de edição de emenda e ratificação da constituição, de maneira a elevar este segundo ao patamar de rigidez do primeiro, incorporando-o, na prática, à norma mais abrangente de emenda⁵⁶.

⁵⁴ A teoria do desmembramento constitucional não anui à existência de uma nova ordem constitucional, fruto de manifestação do poder constituinte, até que os atores políticos relevantes de dada sociedade adotem e reconheçam, de forma consciente e deliberada, uma nova constituição, após a conclusão bem-sucedida de procedimento desenhado para tanto. No mais, a visão aqui esposada, salvo melhor juízo, é a de que, ao contrário do desmembramento, que, para aferição de sua legitimidade, segue em linhas gerais a regra de mutualidade, a manifestação do poder constituinte pode se dar das mais diversas formas, por procedimentos atípicos, desde que reconhecidos pelos atores mencionados, e em decorrência de abalos e momentos de extraordinária mobilização popular na esfera pública. Cf. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 53. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017; ACKERMAN, B. *We the People: Foundations*, v. 1. Cambridge: The Belknap Press, 1991.

⁵⁵ Confira-se, em inglês, a redação do artigo 96: “Amendments to this Constitution shall be initiated by the Diet, through a concurring vote of two-thirds or more of all the members of each House and shall thereupon be submitted to the people for ratification, which shall require the affirmative vote of a majority of all votes cast thereon, at a special referendum or at such election as the Diet shall specify. Amendments when so ratified shall immediately be promulgated by the Emperor in the name of the people, as an integral part of this Constitution”. JAPÃO. Constituição (1946). Disponível em: <http://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html>. Acesso em: 29 ago. 2017.

⁵⁶ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 117. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

Em síntese, tal leitura do artigo 96 conformaria a regra de mutualidade a um regime procedimental mais democrático, dotado de maior legitimidade, reconhecimento social, e, sobretudo, em consonância com o desejo de seus artífices de conferir maior dificuldade à aprovação de mudanças em seus preceitos, resguardando-os melhor⁵⁷. Por consequência, o procedimento de desmembramento também passaria, em tese, a equivaler não ao da ratificação original, mas ao previsto para o poder reformador, *criando nova exceção – implícita e, em princípio, não admitida – ao fator de simetria*.

Pois bem, em segundo lugar, a regra da mutualidade enfrenta novos problemas quando da medição e comparação do grau de rigidez dos diferentes grupamentos de regras procedimentais empregados no momento constituinte e no de alteração derivada. Afinal, ao quórum de iniciativa e aprovação para reforma constitucional, representado por uma fração ou porcentagem de fácil comparação matemática, somam-se inúmeros outros requisitos cujas contribuições para o grau de rigidez da constituição não são facilmente aferíveis ou mesmo conclusivos. Como saber, por exemplo, se e em que intensidade um procedimento que preveja quórum de maioria absoluta do órgão legislativo unicameral em dois turnos para a criação/alteração da constituição, aliado à exigência de intervalo mínimo de uma eleição parlamentar entre eles e à presença de limites circunstanciais (p. ex. impossibilidade de emenda em casos de emergência pública), é mais rigoroso que outro que preveja um quórum de 2/3 de órgão legislativo bicameral em dois turnos sem restrições temporais ou circunstanciais?

Várias são as metodologias empregadas na tentativa de dar resposta a esse problema de parametrização. Uma das mais relevantes foi a desenvolvida por Donald Lutz em artigo de 1994, que, com base nas diferentes frequências de emenda de cada uma das constituições estaduais norte-americanas, aliado aos diferentes métodos de modificação de seus respectivos textos, construiu um índice de rigidez que atribuiu valores numéricos a distintos elementos procedimentais, como o órgão de iniciativa, o quórum de aprovação e o número de turnos de votação para alterar o texto constitucional⁵⁸. Pela escala de Lutz, quanto maior o incremento de dificuldade ocasionado por determinada regra de alteração formal, maior será o valor imputado a ela⁵⁹.

⁵⁷ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 117.

⁵⁸ As premissas e metodologias da escala de Lutz são expostas em LUTZ, D. S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, June, 1994. p. 355-370. Disponível em: <http://econ-server.umd.edu/~wallis/398W/lutz_amendment_APSR_1994.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

⁵⁹ As 68 variáveis que compõem o índice e seus respectivos valores podem ser encontradas na tabela B-1 do artigo de Lutz. O índice geral de dificuldade atribuído a determinado processo de emenda constitucional em nível agregado é encontrado por meio da soma dos valores de

A par da escala de Lutz, porém, outras podem ser elencadas, dentre as quais as de Lijphart, Anckar e Karvonen, e a de Rasch e Congleton, cada uma com premissas e sistema próprio de pontuação para as diferentes variáveis envolvidas na modificação da lei maior⁶⁰. O importante a ser observado é que, segundo Tom Ginsburg e James Melton, esses índices de dificuldade possuem pouca correlação entre si e, portanto, baixos níveis de validade convergente⁶¹, ou seja, diferentes metodologias apresentam valores significativamente discrepantes entre si para o mesmo conjunto de variáveis consideradas, comprometendo seu rigor científico e credibilidade⁶². A própria medida de rigidez apresentada por esses dois últimos autores é de difícil aferição, visto que leva em conta não apenas os mecanismos procedimentais imprescindíveis à alteração do texto constitucional, mas também a presença ou não de uma cultura que incentive ou refreie o uso de emendas (*amendment culture*), uma espécie de resistência-padrão a mudanças

cada uma das variáveis envolvidas na alteração formal, dentre as quais as regras de iniciativa, a uni ou bicameralidade do legislativo, a exigência ou não de referendo, o *quorum* de aprovação, dentre outras. No caso brasileiro, Rodrigo Brandão, aplicando o método de Lutz, demonstra que a constituição de 1988 apresenta índice de dificuldade que varia, a depender da via procedimental utilizada, de 1.50 (iniciativa do chefe do executivo – 0.25 + aprovação por 3/5 de legislativo bicameral em dois turnos – 1.25) a 3.25 (iniciativa de 1/2 das legislaturas estaduais – 2.00 + aprovação por 3/5 de legislativo bicameral em dois turnos – 2.00), enquanto no caso da constituição federal dos EUA, o rito mais utilizado possui índice de dificuldade de 5.10 (iniciativa de 2/3 dos votos do Congresso dos Estados Unidos – 1.60 + ratificação por 3/4 de legislaturas estaduais – 3.50). Cf. LUTZ, D. S. *Toward a Theory of Constitutional Amendment*. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, June, 1994, p. 368. Disponível em: <http://econ-server.umd.edu/~wallis/398W/lutz_amendment_APSR_1994.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017; BRANDÃO, R. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 159 et seq.

⁶⁰ Para mais detalhes acerca das características e premissas de cada um desses métodos, cf. GINSBURG, T. MELTON, J. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 682, 2014. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/467/>. Acesso em: 28 nov. 2017.

⁶¹ GINSBURG, T. MELTON, J. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 682, 2014. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/467/>. Acesso em: 28 nov. 2017, p. 11.

⁶² Conforme ressaltam Ginsburg e Melton, “[...] em ciência política, medidas do mesmo conceito tendem a ser altamente correlacionadas, o que sugere um alto grau do que é chamado de validade convergente. Por exemplo, medidas de democracia tendem a ter uma correlação de nível 0.8 [80%] ou maior” (tradução livre do original em inglês: “[...] in political science, measures of the same concept tend to be highly correlated, which suggests a high degree of what is called convergent validity. For instance, measures of democracy tend to be correlated at levels of 0.8 or higher”) (GINSBURG, T. MELTON, J. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 682, 2014. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/467/>. Acesso em: 28 nov. 2017, p. 11).

constitucionais formais de que cada sistema político seria dotado⁶³. Em tese, esse fator cultural explicaria o porquê de certas constituições flexíveis, como a da Inglaterra, apresentarem textos mais estáveis que o de outras mais rígidas. Sua relevância é, por isso, imensa para fins de estabelecimento de um índice de rigidez eficaz, mas a viabilidade de sua mensuração é incerta e inconclusiva⁶⁴.

Não é tarefa fácil, como se vê, comparar a diferença na dificuldade dos procedimentos adotados pelo constituinte originário e pelo derivado, para fins de aplicação dos quatro fatores que integram a regra de mutualidade, sobretudo se envolverem diferentes condicionantes deliberativas, circunstanciais e temporais. A preocupação de Albert é a de garantir um alto *quantum* de suporte popular para eventuais desmembramentos. Esquece-se, porém, de delimitar precisamente as variáveis deste *quantum* e seus respectivos valores, apontando a metodologia a ser adotada para obtê-los.

Apesar destas falhas, a teoria do desmembramento conserva boa parte de sua aplicabilidade quando em jogo (a) constituições promulgadas pela via democrática, (b) em que $P_{\text{Const. Orig.}}$ seja maior em relação a P_{Emenda} e (c) desde que adotado algum método comparativo, ainda que estimado e impreciso, de aferição do grau de rigidez dos diferentes procedimentos formais de criação/alteração constitucional – e. g. a escala de Lutz, cuja fundamentação e pressupostos sejam acessíveis para fins de controle e crítica.

No mais, tal teoria pode ser de alguma valia aos sistemas jurídicos em que convivem, por um lado, a atuação expansiva de um poder judiciário não eleito e pouco aberto ao diálogo na invalidação de reformas constitucionais, e por outro, a falta de representatividade e o descrédito do(s) órgão(s) responsável(is) por realizá-la – em geral, os de perfil legislativo.

Isto, pois, de modo a garantir a estabilidade da ordem constitucional como um todo em momentos de mudança constitucional significativa, um dos papéis preponderantes da teoria do desmembramento, e de sua regra de mutualidade, é a de desencorajar a prática de invalidação de emendas à constituição pela via jurisdicional quando haja robusta e intensa mobilização popular em sentido contrário, evitando desgastes fatais para a corte e para o diploma supremo, ao

⁶³ GINSBURG, T.; MELTON, J. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 682, 2014, p. 12 et seq. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/467/>. Acesso em: 28 nov. 2017.

⁶⁴ GINSBURG, T.; MELTON, J. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 682, 2014, p. 19-20. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/467/>. Acesso em: 28 nov. 2017.

possibilitar a superação do sentido judicialmente atribuído às cláusulas constitucionais de intangibilidade.

Por outro lado, o emprego desta “válvula de escape” requer o uso de procedimento deliberativo diferenciado, análogo ao empregado para a ratificação da lei maior em vigor, que, se mais rigoroso em relação ao do poder reformador, pode acabar por dar maior permeabilidade social à mudança e impedir sua realização por maiorias legislativas transitórias, autointeressadas e desacreditadas, apesar de supramajoritárias em dado momento histórico.

Feita essa breve reflexão crítica acerca dos conceitos-chave da teoria do desmembramento, será abordado no próximo tópico sua relação com a jurisdição constitucional e, no particular, sua aplicabilidade à ordem constitucional brasileira.

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ERA DOS DESMONTES

A teoria do desmembramento constitucional busca substituir o modelo de supremacia judicial, em que o judiciário arroga para si o monopólio da última palavra em matéria de interpretação constitucional, por outro menos beligerante e mais deliberativo e dialógico. Mais especificamente, o grande enfoque é o de impedir que alterações constitucionais formais sejam reiteradamente invalidadas por tribunais com base em valores liberais-democráticos; antes, cabe às cortes a defesa não do ideário da democracia liberal, mas o de assegurar que o povo e seus representantes tenham expressado sua vontade refletida e substancial acerca das mudanças drásticas realizadas, independentemente de seu conteúdo⁶⁵.

Outrossim, Albert defende que, no contexto de sua teoria, o poder judiciário deve reter poderes de invalidar leis ordinárias afrontosas ao diploma supremo, mas não de declarar a inconstitucionalidade de alterações constitucionais. Neste caso, seu papel restringir-se-ia a emitir opiniões não vinculantes, direcionadas ao poder reformador, apontando qual seria, em sua percepção, a natureza da modificação que se busca implementar – se emenda ou desmembramento – e, por via de consequência, o *quantum* de respaldo popular necessário para legitimá-la⁶⁶.

Como corolário lógico, o caráter persuasivo da referida opinião junto aos órgãos de reforma acabaria sendo mais intenso quanto maior fosse a adesão do

⁶⁵ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 104. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁶⁶ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 104. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 112.

colegiado judicial às suas razões. Destarte, um parecer unânime pela necessidade de submissão da alteração constitucional à regra de mutualidade seria mais autoritativo que um adotado pela maioria absoluta do tribunal⁶⁷. Assim, esse modelo jurisdicional meramente opinativo incentivaria as cortes a uma postura autocontida e coesa, de estatuir a inadequação de alterações constitucionais apenas quando parte substancial de seus magistrados assim entendesse, pois nesta hipótese residiria a maior probabilidade de seu pronunciamento ser levado a cabo pelos agentes políticos e sociais.

As cortes teriam, dessa forma, uma feição predominantemente procedimentalista⁶⁸, e ainda assim, exercida num quadro de *judicial review* “fraco”, de baixa intensidade⁶⁹, à moda inglesa pós-Human Rights Act⁷⁰. Conforme se vê, todavia, o arquétipo proposto seria de difícil implementação no Brasil, e até mesmo indesejado, visto que a Constituição de 1988 é analítica, compromissória e acolhe um extenso plexo de valores materiais⁷¹. Dessa maneira, asseveram os

⁶⁷ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 104. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 112.

⁶⁸ Albert afirma, porém, que sua teoria não é uma abordagem estritamente “procedimental” ao controle de emendas à constituição, já que este varia conforme as implicações substantivas produzidas pela alteração formal. Serão as implicações promovidas pela alteração que determinarão o procedimento a ser adotado para obter sua legitimidade. Cf. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 103. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁶⁹ Ao que parece, Albert defende uma espécie de controle fraco preventivo, em que a corte emitiria sua opinião não vinculante no curso do procedimento de alteração formal da constituição, pronunciando-se, de antemão, acerca do *quantum* de consenso que crê ser necessário para que esta seja reputada legítima. Com base nesta opinião, caberia aos agentes titulares do poder reformador a prerrogativa de acatá-la ou não, levando a cabo o voto ou procedimento confirmatório sugerido, antes da entrada em vigor da modificação promovida. Em países como o Brasil, em que o controle jurisdicional preventivo de propostas de emenda à constituição é excepcional, esta pode não ser a melhor solução. Cf. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 110-112. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁷⁰ O modelo inglês original não previa controle jurisdicional de constitucionalidade de leis, por força da Supremacia do Parlamento, que regia a ordem constitucional de tal país. Após 1998, com a promulgação do Human Rights Act, tal supremacia sofre mitigações, dentre as quais a prevista na seção 4 do ato, que permite ao judiciário declarar a incompatibilidade de lei editada pelo parlamento em face dos direitos protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos. A declaração, contudo, não afeta a validade ou eficácia do ato repudiado – daí sua qualificação como “fraco”, produzindo apenas constrangimento institucional para o órgão legislativo, incentivando-o à alteração da lei e, ainda, podendo, observadas certas condições, dar início a processo legislativo de conversão da decisão da corte em norma, nos termos da seção 10 do Human Rights Act.

⁷¹ SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 224.

professores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, para aderirem ao raciocínio procedimentalista, “[...] os juízes teriam que passar por cima das orientações valorativas já contidas na Constituição, sobrepondo a sua teoria constitucional àquela, mais substantiva, adotada pelo constituinte”⁷².

Além disso, não fica claro no texto de Albert a concepção de democracia a ser utilizada como norte para a substituição de valores fundamentais inscritos na constituição. Afinal, incontáveis são as formas de democracia delineadas pela filosofia política⁷³⁻⁷⁴, dentre as quais a liberal-democrática, instrumento coletivo de proteção do indivíduo e de sua busca pelo ideal de vida que melhor lhe aprouver, segundo suas concepções de vida boa⁷⁵, a deliberativa, enquanto governo das razões públicas, da cooperação e do consenso, em que o voto assume um papel secundário⁷⁶, e a agonística, que vê menos no consenso e na razão e mais no conflito, no embate e na emoção a qualidade por excelência da democracia em sociedades plurais⁷⁷. A preocupação central em garantir o suporte de uma maioria substancial do povo a alterações constitucionais é comum a todas elas.

In casu, talvez a solução para tal indefinição fosse filiar-se à concepção de democracia responsável por inspirar e guiar os trabalhos do poder constituinte quando da definição do procedimento a ser seguido para fins de desmembramento, por força da regra da mutualidade. Se o procedimento constituinte de dado país foi caracterizado pela agregação de preferências de distintos grupos

⁷² SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 224.

⁷³ SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 224.

⁷⁴ O filósofo político canadense Frank Cunningham lista exemplificativamente sete grandes concepções, descritivas e normativas, de democracia, quais sejam, a democracia liberal, o pluralismo clássico, a catalaxe, a democracia participativa, o pragmatismo democrático, a democracia deliberativa e o pluralismo radical. Aline Osório, em excelente dissertação sobre liberdade de expressão no contexto do direito eleitoral, elenca três grandes teorias da democracia: a teoria elitista da democracia, em que elites partidárias são vistas como centrais na tomada de decisões políticas, e as eleições o meio por excelência de participação popular na esfera pública; a teoria da democracia deliberativa, em que os integrantes da coletividade e seus representantes devem se pautar por um ideal de cooperação dialógica, a fim de obter decisões consensuais estáveis alicerçadas em razões públicas; e a teoria agonística ou adversarial da democracia, alternativa à deliberativa, que procura valorizar o confronto entre adversários com distintas visões político-ideológicas, em vez do consenso racional, como atributo-chave para uma democracia saudável em um mundo desencantado e plural. Cf. CUNNINGHAM, F. *Teorias da Democracia: uma introdução crítica*. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009; OSÓRIO, A. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 73 et seq.

⁷⁵ CUNNINGHAM, F. *Teorias da Democracia: uma introdução crítica*. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009; OSÓRIO, A. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 38 et seq.

⁷⁶ OSÓRIO, A. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 75-78.

⁷⁷ OSÓRIO, A. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 78-81.

sociais e pelo uso do voto como meio principal de resolução de controvérsias, aproximando-o do modelo pluralista liberal, este será o parâmetro a ser tomado em conta posteriormente; ao revés, se a busca pela deliberação racional e pelo consenso preponderou nos trabalhos constituintes, o ideal deliberativo deve ser o perseguido.

No mais, importante ressaltar que democracia, nas suas mais variadas vertentes, não se resume à dominância de uma maioria ou da unanimidade, presumindo, igualmente, respeito às minorias e a possibilidade de elas, eventualmente, virem a se tornar as futuras majorias, num projeto compreensivo que abarca todos os cidadãos de dada sociedade, o que inclui tanto os vencedores e os perdedores provisórios no processo político quanto os indiferentes, que optam por se manter à margem deste. Tal respeito requer, consoante o modelo de democracia adotado, *e. g.* a tutela em maior intensidade da liberdade, ou da igualdade; apenas de direitos políticos e de abstenção, ou destes e de direitos sociais básicos imprescindíveis à formação de agentes conscientes e preparados para atuar proativamente na esfera pública; enfim, a proteção de um conjunto de valores reputados de maior relevância para o regular funcionamento do autogoverno popular.

A aliança entre procedimentalismo e controle fraco de constitucionalidade, tal como proposta, facilita sobremodo o ocaso de qualquer concepção de autodeterminação coletiva, e não somente a de matiz liberal, ao permitir, em tese, a remoção de um ou mais de seus pressupostos, sejam quais forem, a pretexto de, ironicamente, assegurá-la no momento do desmonte, sem qualquer possibilidade de controle cogente por parte de instâncias dotadas de maior insulamento político-eleitoral. Na prática, as cláusulas pétreas tornar-se-iam meros limites políticos direcionados ao poder reformador⁷⁸, o que pode ser perigoso em países com passado autoritário, de muitas carências materiais e com grave crise de representatividade política⁷⁹.

O melhor seria, ao menos nas comunidades que sofrem das mazelas acima apontadas, o emprego da teoria do desmembramento *mitigada*, associada a um controle de constitucionalidade jurisdicional forte e repressivo, que permita a

⁷⁸ Conforme asseverado por Rodrigo Brandão, negam caráter intransponível aos limites materiais ao poder de reforma, dentre outras razões, por serem ineficazes em impedir a mudança caso esta seja a vontade efetiva do povo e por, ironicamente, fomentarem a ruptura institucional, os juristas Jorge Reinaldo Vanossi, Karl Loewestein e Leon Deguit. Cf. BRANDÃO, R. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 19-21.

⁷⁹ Sobre a grave crise de legitimidade pela qual passa o Congresso Nacional no Brasil e a correspondente ascensão do judiciário, cf. BARROSO, L. R. A Razão sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. In: SARMENTO, D. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 22-23.

efetiva invalidação de alterações constitucionais pelo poder judiciário. Caberia a ele verificar se a mudança perpetrada pelo poder derivado é mera emenda à constituição, caso em que será reputada válida se não violar nenhum limite formal ou material previamente estabelecido na lei maior, ou se configura verdadeiro desmembramento, caso em que será reputada inválida, exigindo-se sua reapreciação segundo a regra de mutualidade.

Por conseguinte, a modificação de elementos identitários essenciais à constituição por meio desta regra especial ficaria, do mesmo modo, submetida a um controle jurisdicional, ainda que diferenciado. Ao poder judiciário competiria (i) o controle formal de equivalência entre os procedimentos constituinte e de desmembramento – *fator de simetria* – e dos demais fatores da regra de mutualidade, quando aplicáveis, e (ii) o controle material, cujo parâmetro seria a imprescindibilidade da norma protegida pela cláusula pétreia, que se queira ver afastada, para a manutenção do regime democrático e do autogoverno popular, não necessariamente de vertente liberal, por serem valores fundamentais à sustentação da teoria do desmembramento⁸⁰. Nesta segunda hipótese, a invalidação do desmonte feito mediante procedimento diferenciado e mais rígido que o de emenda à constituição merece presunção reforçada de constitucionalidade e, por tal razão, do assentimento de ao menos 2/3 dos membros do órgão jurisdicional para rechaçar a alteração.

Pensa-se aqui no caso brasileiro, em que tal quórum não é estranho à jurisdição constitucional, sendo previsto pela Lei Federal n. 9.868/99 para a modulação de efeitos de decisões proferidas em sede de controle concentrado à luz da CRFB/88. A ideia de presunção graduada de constitucionalidade segundo, dentre outras balizas, o grau de legitimidade democrática do ato normativo editado é defendida pelos já mencionados professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, ao afirmarem que tanto a conformação democrática em abstrato do processo formal de elaboração da norma (requisitos de iniciativa, quórum de aprovação, necessidade de referendo, etc.) quanto o grau de

⁸⁰ Não é crível que uma teoria cujo propósito, no fundo, é a máxima efetivação do valor democracia, qualquer que seja a concepção concreta adotada quando do procedimento de desmembramento, seja a responsável por sua aniquilação definitiva. Tratar-se-ia de um oxímoro inaceitável, a não ser que se admitisse que a finalidade dela fosse a de assegurar pura e simplesmente um “supermajoritarismo”, o que iria de encontro ao conhecimento acumulado durante séculos pela filosofia e ciência política acerca das combinações de elementos e nuances que podem vir a caracterizar um regime como minimamente democrático. Em síntese, a regra da maioria ou até da unanimidade, por si só consideradas, são absolutamente insuficientes na caracterização dos mais relevantes modelos de democracia – descritivos e normativos – atualmente estudados. Cf. a excelente exposição acerca da relação entre regra de maioria e democracias feita por BOBBIO, N.; BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 20 reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 428 et seq.

consenso e participação política e social obtidos em concreto durante sua elaboração são relevantes fatores de reforço da constitucionalidade do ato⁸¹.

Na palavra dos prestigiados juristas, o fundamento subjacente à maior intensidade da presunção deve-se, além de outros fatores, ao “[...] ‘valor epistêmico’ da democracia, vale dizer, a premissa de que as deliberações democráticas tendem a gerar melhores soluções coletivas do que aquelas tomadas por agentes isolados [...]”⁸². No mesmo sentido de defender uma postura de autocontenção judicial em situações de grande consenso democrático, só que com enfoque na edição de emendas constitucionais restritivas de direitos fundamentais, Rodrigo Brandão pontua que:

[...] se o judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento, notadamente quando adotar uma postura ativista na aplicação de norma constitucional de natureza principiológica (*i.e.* direitos fundamentais), tende a comprimir o espectro de atribuições do Parlamento em favor de suas competências [...], parece natural que adote uma postura tão mais acanhada quanto mais sólido for o consenso obtido no Congresso Nacional⁸³.

Ora, a cláusula de reserva de plenário inscrita no artigo 97 da CRFB/88 tem por escopo justamente a salvaguarda da presunção de constitucionalidade dos atos normativos ao demandar o voto da maioria absoluta dos membros de tribunais (ou órgãos especiais destes) para declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de uma garantia de contenção institucional em prol da autodeterminação coletiva. Não haveria irrazoabilidade alguma em interpretação de tal dispositivo que modulasse o quórum de invalidação exigido proporcionalmente ao grau de consenso e legitimidade obtido pelo ato normativo atacado, o que, inclusive, prestigiaria a *ratio* da norma. Nesta toada, o artigo 97 estabeleceria apenas o limite mínimo de votos exigidos a fim de nulificar os atos normativos cujo procedimento e grau de consenso sejam correspondentemente menores do que o exigido pela regra da mutualidade para o desmembramento⁸⁴⁻⁸⁵, exegese esta que ampara a possibilidade

⁸¹ SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 461-463.

⁸² SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 461-463.

⁸³ BRANDÃO, R. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 269.

⁸⁴ Como já dito *supra*, o entendimento aqui esposado é o de que o melhor proveito da teoria do desmembramento é extraído quando $P_{Const.Orig.}$ seja maior em relação a P_{Emenda} . Ainda, como se verá abaixo, o presente trabalho defende que o caso brasileiro amolda-se a esta condição.

⁸⁵ Esta interpretação construtiva do artigo 97 da CRFB permitiria igualmente que o legislador estabelecesse quóruns distintos para declaração de inconstitucionalidade em função da dificuldade do procedimento previsto para a edição do ato normativo e de outros parâmetros de

da exigência de um consenso maior do colegiado judicial no intuito de obstar mudanças de maior calibre procedimental e deliberativo.

Em síntese, a teoria de Albert, feitas as adaptações acima, pode fomentar o diálogo entre instâncias políticas e judiciais em matéria de alteração constitucional formal sem lhes tolher o caráter autoritativo de seus pronunciamentos. Isto se dá da seguinte forma:

- (1) o poder reformador promove a modificação do texto constitucional seguindo o procedimento previsto no ordenamento para tanto;
- (2) o poder judiciário, por meio de órgão colegiado competente, caso entenda que a modificação teve um caráter substancialmente transformativo de elementos estruturantes da constituição, poderá invalidá-la e demandar ao poder reformador a observância da regra de mutualidade, atraindo regras procedimentais, temporais, circunstanciais e um *quantum* de mobilização popular e deliberação maior;
- (3) a existência de um robusto consenso por parte dos mais variados segmentos sociais e representativos durante razoável período de tempo leva à aprovação da modificação anteriormente intentada, agora já segundo a regra de mutualidade, servindo de instrumento de superação de decisão judicial dotado de responsividade ainda maior que a inicialmente observada;
- (4) tendo em vista o alto grau de legitimidade que esteia o desmembramento, a despeito de modificar dispositivos relacionados a decisões fundamentais entrincheiradas na constituição, agora a exigência de um nível de consenso e ônus argumentativo mais intenso desloca-se em direção ao órgão jurisdicional, que deve obter um respaldo ainda maior de seus membros para invalidar a alteração com base na imprescindibilidade da(s) norma(s) derogada(s) para a manutenção dos pressupostos da dinâmica democrática adotada pela sociedade sob enfoque;
- (5) nada impede que, mesmo após decisão judicial invalidando a alteração constitucional, seja ela uma emenda, seja ela um desmembramento, o poder reformador persista em sua tentativa de alteração do diploma supremo por quaisquer desses dois expedientes, em um novo ciclo dialógico entre sociedade, poder reformador e poder judiciário. Assim sendo, verifica-se, no curso desse processo, uma mudança sucessiva na correlação de forças entre estes dois poderes, em benefício da autodeterminação coletiva de cada geração.

legitimidade democrática, como o envolvimento popular na iniciativa do ato e o grau de consenso que obteve ao longo do processo legislativo. Para os fins deste trabalho, apenas a distinção decorrente do confronto entre procedimentos formais constitucionalmente previstos (inclusive o de emenda à constituição) *vs.* procedimento para desmembramento é explorado.

Veja-se, ainda, que o desmembramento não é poder constituinte, podendo perfeitamente ser limitado e condicionado por poder instituído, ainda mais na defesa dos próprios pressupostos da democracia que a teoria aqui analisada tem em alta estima. Se, no plano empírico, observa-se que mesmo algumas manifestações do poder originário, em tese uma potência criadora do direito não vinculada a quaisquer formas jurídicas, curvaram-se a decisões pré e pós-constituintes⁸⁶, há muito mais razão para que uma teoria, cuja pretensão seja a transformação da identidade, arquitetura e valores da carta maior, mantendo-se, contudo, a estabilidade sistêmica da ordem constitucional vigente, assim proceda.

Ressalte-se, em conclusão, que não se deve confundir a possibilidade de desmembramento via regra de mutualidade com a tese da dupla revisão, objeto de acaloradas discussões em Portugal por conta da segunda revisão à Constituição da República Portuguesa de 1976, realizada em 1989, que suprimiu, mediante o uso do instrumento da revisão constitucional, limites materiais ao poder derivado relacionados à planificação econômica e transição ao socialismo. Tal tese consiste na revogação, em um primeiro momento, de determinadas cláusulas pétreas, empregando o procedimento de alteração formal previsto pela constituição – denominado “revisão constitucional” no país lusitano – para, em ato posterior, removido este óbice inicial, prosseguir com a modificação ou derrogação dos dispositivos antes protegidos pela intangibilidade, mediante o mesmo procedimento anteriormente utilizado⁸⁷. Enquanto no caso da dupla revisão o mesmo procedimento de reforma, derivado do poder constituinte, é acionado em dois momentos distintos no tempo, no âmbito da teoria do desmembramento, pressupondo-se que $P_{\text{Const. Orig.}}$ seja maior que P_{Emenda} , ter-se-á um processo

⁸⁶ Exemplo claro desta afirmação deflui da experiência concreta vivenciada pela África do Sul nos anos 1990, no curso da transição do regime segregacionista do *apartheid* para um efetivo Estado Democrático de Direito, em que a nova constituição elaborada pela Assembleia Constituinte foi submetida ao Tribunal Constitucional por força da seção 71 da constituição interina vigente à época, que lhe negou certificação por incompatibilidade de certos dispositivos seus com princípios constitucionais pactuados pelas forças políticas de transição como essenciais a uma nova ordem jurídica. Em consequência da decisão tomada pelo tribunal, o texto da novel constituição sofreu alterações e, assim, foi certificado. Curiosamente, um dos pontos levantados pelo Tribunal para negar a certificação foi a deficiência do procedimento previsto para a edição de emendas à constituição, reputada como insuficiente para a proteção do catálogo de direitos fundamentais nela inseridos. Cf. BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 147; KLUG, H. *The Constitution of South Africa: a Contextual Analysis*. Kindle Edition. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 93-95.

⁸⁷ Uma excelente definição deste expediente e relato da divergência entre os renomados constitucionalistas portugueses Jorge Miranda – defensor da possibilidade de revisão dos limites materiais – e José Joaquim Gomes Canotilho – crítico de tal posicionamento – pode ser encontrado em BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 198-200 e notas de rodapé 118 e 119.

mais rígido que o usual para fins de modificações drásticas em disposições tuteladas por cláusulas pétreas. Em verdade, sequer é exigida no desmembramento a obliteração, em primeiro momento, da norma impositiva da intangibilidade, sendo possível, desde que observados os fatores de mutualidade, a atuação direta sobre o texto resguardado. E, por fim, o poder de desmembramento não é manifestação do “poder constituinte derivado”, mas alternativa à dicotomia entre este e o poder constituinte originário, na busca de viabilizar mudanças transformativas na constituição que contem com reconhecimento e mobilização social e do meio jurídico para tanto, mas não cheguem a caracterizar ruptura na continuidade legal necessária à manutenção de um regime político estável.

A INSERÇÃO DA TEORIA DO DESMEMBRAMENTO NA REALIDADE BRASILEIRA

Afinal, é possível extrair alguma valia da Teoria do Desmembramento para a ordem constitucional brasileira? A posição aqui defendida é a de que sim, faz-se possível e útil a aplicação de tal teoria, em sua forma mitigada, à realidade brasileira⁸⁸. Isto, pois:

- (a) a atual constituição em vigor, datada de 5 de outubro de 1988, foi promulgada e não outorgada, tendo sido marcada, durante sua fase de elaboração, por intensa participação popular, sem precedentes na história constitucional brasileira⁸⁹;
- (b) o procedimento adotado pelo constituinte, desde a convocação da assembleia nacional até a aprovação de seu texto final, em 22 de setembro de 1988, é, utilizando-se a escala de Lutz, mais rígido em relação ao previsto no artigo 60 da CRFB/88 para a edição de emenda constitucional, como será demonstrado. De fato, o método de alteração formal do referido artigo 60 é relativamente “fácil”, se comparado ao da constituição dos Estados Unidos, por exemplo, o que pode ser comprovado por uma taxa média de 3,41 emendas/ano contra 0,11 do país da América do Norte⁹⁰. Além disso, não há participação popular

⁸⁸ A discussão sobre a (im)possibilidade de alterações constitucionais formais “disruptivas”, capazes inclusive de derrogar cláusulas pétreas explícitas e implícitas, não é nova na doutrina brasileira. Ingo Wolfgang Sarlet menciona, a título de exemplo, a posição dos i. Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Cármen Lúcia Antunes Rocha favorável à viabilidade de revisão das disposições de intangibilidade, desde que houvesse participação direta do povo, titular por excelência do poder constituinte. Cf. SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137, nota de rodapé 157.

⁸⁹ PILATTI, A. *A Constituinte de 1987-1988*: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 1-2, notas de rodapé 1, 2 e 3.

⁹⁰ Num período de 29 anos, foram promulgadas 99 emendas à Constituição Brasileira de 1988, excluídas as de revisão. Já no período de 228 anos, foram editadas 27 emendas à Constituição

direta quando da análise da proposta de alteração, seja mediante plebiscito ou referendo; qualquer intervalo temporal mais substancial, e.g. intervalo de uma eleição entre os turnos de votação da PEC, que permita uma deliberação refletida e maturada por parte dos representantes parlamentares e de seu eleitorado⁹¹, ou mesmo distintos processos de alteração constitucional (*Tiered Constitutional Amendment thresholds*), variáveis em termos de rigidez conforme a sensibilidade e importância do preceito constitucional a ser protegido⁹². Neste cenário, a regra de mutualidade, extraída da teoria do desmembramento, dá maior segurança ao poder judiciário de que mudanças importantes na constituição cidadã que envolvam derrogações em dispositivos protegidos por

Estadunidense. Não se está aqui fazendo um juízo valorativo em benefício da maior rigidez desta última constituição, cuja taxa indica, em verdade, emprego de vias extraconstitucionais na alteração de seu sentido. O ideal é uma taxa equilibrada, que concilie rigidez com possibilidade real de adaptação formal, de tempos em tempos, do texto constitucional à realidade de novas gerações.

⁹¹ A exigência de dois turnos de discussão e votação de proposta de emenda constitucional em cada casa do congresso nacional tem sido, em alguns casos, apeguada ora pela Câmara dos Deputados, ora pelo Senado, quando promovem ambos os turnos no mesmo dia, sem qualquer intervalo de tempo apto a ensejar maior reflexão e discussão por parte dos congressistas e da opinião pública. Cf. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 290.

⁹² A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 adotava, em seu artigo 178 e respectivos parágrafos, este sistema de processos de distinta rigidez variável conforme a sensibilidade e importância do preceito constitucional a ser protegido: as alterações que não modificassem a estrutura política do Estado ou a organização e competência dos poderes da soberania poderiam ser realizadas mediante emenda à constituição (art. 178, § 1º, CB/1934). Caso contrário, dever-se-ia utilizar o procedimento de revisão, mais rigoroso que o de emenda (art. 178, § 2º, CB/1934). A Constituição de 1988, além do procedimento principal de reforma constitucional, disposto no art. 60 e seus parágrafos, prevê outro no art. 3º do ADCT, também denominado revisão constitucional. Todavia, ao contrário do instituto de 1934, este foi desenhado pelo constituinte de 1988 com caráter meramente transitório, limites formais mais flexíveis que o de emenda, e, para alguns doutrinadores, com escopo limitado às modificações que se fizessem necessárias em decorrência do resultado do plebiscito previsto no art. 2º do mesmo ADCT, sobre qual deveria ser forma e o sistema de governo observada no Brasil. Na prática, esse processo de revisão foi um fiasco, produzindo seis emendas constitucionais de revisão, em geral, de menor expressão. Interessante notar, conforme narra Ingo Wolfgang Sarlet, que, no curso deste, foram propostas alterações de grande relevância no âmbito do processo de reforma constitucional, quais sejam, as de supressão de cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, da CRFB/88 e a de instituição da figura da revisão constitucional em moldes similares aos da CB/1934, para modificações mais amplas e profundas no texto do diploma supremo, e que previa requisitos como a subscrição por maioria absoluta dos membros do congresso para fins de iniciativa, discussão e aprovação em dois turnos, por maioria de 3/5 dos membros de cada casa legislativa, referendo popular e período mínimo de cinco anos entre as revisões. Cf. SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 117-121, 135-138 e nota de rodapé 158.

cláusula de intangibilidade, mormente direitos fundamentais de diferentes dimensões, tenham efetivo respaldo popular antes de ingressarem no ordenamento jurídico.

- (c) o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, tendo por parâmetro cláusulas pétreas inscritas na CRFB/88, é uma realidade brasileira⁹³, que, combinada a interpretações maximalistas destas pelo judiciário, sobretudo por seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, responsável pelo controle concentrado e abstrato de constitucionalidade de atos normativos primários perante a CRFB/88, pode levar a um engessamento de segmentos inteiros da constituição e a um maior risco de ruptura com a ordem instituída, ao impedir a articulação e implementação de políticas públicas almejadas por maiorias representativas legitimamente eleitas ou pelo próprio povo. A proposta de parâmetros hermenêuticos e de ponderação que procurem conduzir a jurisdição nesta seara a uma postura mais deferente e parcimoniosa em prol da autodeterminação das gerações presentes é salutar, mas pode se mostrar insuficiente em contextos de intenso ativismo judicial – progressista ou conservador – ocasionado pela debilidade e descrédito das instituições majoritárias. Neste cenário, a regra de mutualidade, extraída da teoria do desmembramento, concede ao congresso e ao governo, caso consigam mobilizar parcela significativa de apoio político e social para tanto, um mecanismo de superação de decisões judiciais expansivas, cujo fundamento resida ou na violação de núcleo essencial de cláusula de intangibilidade pela emenda invalidada, ou em ponderação supostamente desproporcional

⁹³ Tal controle é prática aceita com razoável consenso tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, órgão que já declarou a invalidade de uma série de dispositivos constantes de emendas à constituição. Ao contrário do que afirma, porém, o i. Ministro Luis Roberto Barroso, tal prática não constitui uma “singularidade brasileira”, sendo observada também na jurisprudência da corte constitucional colombiana, que desde 2003 aplica a chamada “doutrina da substituição da constituição” (decisão C-551/2003), responsável por obstar a edição de emendas, por parte do congresso colombiano, que visem à alteração de pontos estruturantes da constituição, substituindo-a sub-repeticivamente por outra, prerrogativa esta reservada unicamente ao povo na condição de poder constituinte. Outro exemplo é o da Suprema Corte da Índia, que já aplicou a denominada doutrina da estrutura básica (*basic structure doctrine*) para invalidar emendas que resultassem em alterações na estrutura e fundamentos básicos da constituição (decisão *kesavananda Bharati Sripadagalvaru v. Kerala*, de 1973). Cf. BARROSO, L. R. A Razão sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. In: SARMENTO, D. (Org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20-21; ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 91. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

realizada pelo poder derivado quando do balanceamento entre o interesse a ser promovido pela alteração e seu grau de interferência em limite material a ser protegido.

Pois bem, a teoria do desmembramento tem potencial para atuar, na ordem constitucional pátria, como mecanismo de controle recíproco entre um executivo e um legislativo que buscam avançar reformas eventualmente supressivas de elementos constitucionais sensíveis, referentes à identidade, valores ou arquitetura da CRFB/88, tutelados por cláusulas pétreas, um judiciário ativista e inseguro quanto à legitimidade de transformações radicais no documento de que é guardião precípua, e o povo, que encontra na mutualidade, por um lado, mecanismo impeditivo de alterações drásticas, de iniciativa de poderes eletivos, mas disfuncionais, em seus direitos e instituições, sem sua prévia consulta, reflexão e consentimento, e por outro, instrumento que lhe permite, em conjunto com seus representantes, expressar categoricamente seu desejo de mudança em face de um judiciário recalcitrante, escudado em cláusulas de perpetuidade pensadas para uma realidade não mais existente.

Prosseguindo, o procedimento a ser seguido para fins de desmembramento no Brasil envolveria, inicialmente, a aprovação de um ato convocatório nos mesmos moldes da EC n. 26/85 à constituição de 1967⁹⁴, responsável pela convocação da Assembleia Nacional Constituinte que deu origem à Constituição de 1988. Tal ato deveria, portanto, seguir o rito observado à época: (i) iniciativa de (i.1) 1/3 dos deputados federais e 1/3 dos senadores⁹⁵, ou do (i.2) presidente da república⁹⁶; (ii) discussão e votação, em dois turnos, por 2/3 dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional⁹⁷; (iii) impossibilidade de emenda na vigência de estado de sítio⁹⁸. Seguindo novamente aqui o método de Lutz, considerado apenas o procedimento convocatório preparatório do desmembramento, o índice de dificuldade varia de 3.80 (iniciativa do chefe do executivo – 0.25 + aprovação por 2/3 do legislativo bicameral em dois turnos – 3.55) a 4.55 (iniciativa de membros de ambas as casas da legislatura –

⁹⁴ Com redação dada pela EC n. 1/69.

⁹⁵ Artigo 47, item I e § 3º, da Constituição de 1967, com redação dada pela EC n. 8/77.

⁹⁶ Artigo 47, item II, da Constituição de 1967, com redação dada pela EC n. 1/69.

⁹⁷ Artigo 48 da Constituição de 1967, com redação dada pela EC n. 22/82. Apesar de o texto pretérito falar na apreciação da proposta de alteração em sessão conjunta, a votação se dava de forma separada, considerados primeiramente apenas os membros de uma das casas, e, havendo aprovação, passando-se à votação pela outra, respeitando o princípio do bicameralismo em âmbito federal. Não se vislumbra aqui problema na adoção do método da constituição de 1988, que prevê sessões distintas em cada uma das casas na apreciação de propostas de emenda, pelo efeito prático similar produzido.

⁹⁸ Artigo 47, § 2º, da Constituição de 1967, com redação dada pela EC n. 11/78. O texto fala também em “estado de emergência”, não mais existente na Constituição de 1988.

1.00 + aprovação por 2/3 do legislativo bicameral em dois turnos – 3.55), contra 1.50 a 3.25 previstos para a alteração formal do texto da CRFB/88, sendo, portanto, significativamente mais rígido⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Este ato deve especificar o escopo da modificação, mais precisamente qual o conteúdo e os dispositivos a serem alterados ou revogados, além das balizas formais a serem observadas pelo poder revisor. Pela regra de mutualidade, haverá um limite temporal importante a ser respeitado, qual seja, a necessidade de renovação do legislativo federal mediante eleições, a fim de que, de fato, o congresso adquira a prerrogativa e o respaldo popular necessários ao início da transformação constitucional. Ao menos a totalidade da Câmara dos Deputados e 2/3 do Senado Federal deverão ter sido renovados após a publicação da convocação, em um intervalo que pode variar de menos de uma até mais de duas legislaturas¹⁰¹. Assim, é imprescindível a ciência prévia e tempestiva à população de que os candidatos eleitos em pleito futuro terão atribuída esta incumbência adicional. Este intervalo prolongado será um poderoso estímulo à reflexão por parte do povo acerca da conveniência e oportunidade da mudança a ser tentada e sobre qual rumo ela deve tomar.

Em outro giro, o processo em si de deliberação e reforma será, de fato, mais flexível que o consignado no artigo 60 da CRFB, visto que o texto da alteração poderá ser promulgado após sua aprovação por maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, reunido em sessão unicameral, seguindo as diretrizes básicas praticadas pela constituinte de 87/88¹⁰². Todavia, apesar de este procedimento parecer deletério quando se trata de revisão de normas tão delicadas a ponto de serem protegidas por cláusulas pétreas, duas considerações devem ser feitas.

Primeiramente, tal “flexibilidade” é salutar no que concerne a transformações mais amplas e complexas na identidade, valores e arquitetura constitucional, e.g., transformações drásticas na forma ou sistema de governo, em que ocorram alterações no equilíbrio dos poderes e *checks and balances* originariamente pensados pelo constituinte, requerendo a substituição de dezenas de dispositivos e,

⁹⁹ Cf. nota de rodapé 58 *supra*.

¹⁰⁰ Uma observação importante deve ser feita: a Constituição Brasileira de 1967 com redação dada pela EC n. 1/69 aparece na tabela C-1 do artigo de Lutz, para o período de 1969 até 1987, com um índice efetivo de dificuldade de apenas 1.55. É necessário ressaltar, contudo, que, durante este período, a referida constituição teve o procedimento de alteração flexibilizado pelas Emendas Constitucionais de n. 8/77 e 11/78, revogadas em parte, posteriormente, pela EC n. 22/82.

¹⁰¹ Se o ato convocatório tiver sido aprovado logo após um pleito eleitoral federal em que 2/3 do senado tenha sido renovado, haverá um tempo de espera de oito anos até que, de fato, o congresso adquira poderes para proceder ao desmembramento de forma legítima, em respeito à taxa de renovação observada quando da instauração da Assembleia Constituinte.

¹⁰² Artigos 1º e 3º da EC n. 26/85 à Constituição de 1967, com redação dada pela EC n. 1/69.

possivelmente, a criação de várias regras de transição. Requisitos formais muito dificultosos nesta etapa de análise e conformação efetiva da proposição de desmembrando acabam por prejudicar tanto os que são a ela favoráveis, por dificultar a negociação e formação de uma coalizão apta a permitir sua aprovação, quanto para os contrários, caso sua discordância não seja integral, pela maior dificuldade em obter apoio suficiente para emendar a proposta de acordo com suas cosmovisões¹⁰³.

Em segundo lugar, se visto de modo agregado, o processo de desmembramento aqui exposto é significativamente mais rígido do que o de emenda à CRFB/88. Além das etapas já narradas, defende-se aqui, ainda, a necessidade de consulta ao povo, por meio de referendo, ao final do *iter* que eventualmente culmine na aprovação da proposta. Apesar de não ter sido realizado qualquer plebiscito ou referendo ao longo do procedimento constituinte, a consulta ao povo chegou a ser cogitada naquele momento, para conferir-lhe máxima legitimidade¹⁰⁴. Entende-se nesta análise que, a partir da promulgação da constituição cidadã, cujo mote é a institucionalização de um Estado Democrático de Direito fundado na soberania popular (Art. 1º, *caput* e parágrafo único da CRFB/88), e considerado todo o contexto histórico de luta pela redemocratização que lhe precede e lhe dá grande ímpeto, o reconhecimento, pelos diversos segmentos sociais, da validade de uma transformação em seus elementos estruturais, não será crível sem que estes sejam informados e consintam com o resultado final desta atuação¹⁰⁵. Já foi dito anteriormente que Albert, embora implicitamente, admite exceção ao fator da simetria que eventualmente torne o rito de desmembramento mais “difícil”, desde que para fazê-lo mais democrático, em consonância com os anseios da sociedade, resguardando melhor a lei suprema, o que se amolda perfeitamente à situação em tela¹⁰⁶.

¹⁰³ A etapa inicial, de aprovação do ato convocatório, apenas é indício do apoio consistente e até da necessidade de uma mudança mais ampla em determinada matéria constitucionalmente superprotegida a curto e médio prazo, mas não quanto aos termos em que esta se dará.

¹⁰⁴ Segundo narrado por Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto, “[o] Deputado Flávio Bierrenbach, relator originário da Proposta de Emenda [n. 26/85], ainda tentou alterar a fórmula nela prevista, apresentando um substitutivo que determinava a realização de um plebiscito, para que o povo se manifestasse sobre duas questões: se a nova Constituição deveria ser elaborada pelo Congresso Nacional ou por uma assembleia exclusiva, e se os senadores eleitos em 1982 poderiam ou não participar da constituinte; mas seu substitutivo foi rejeitado, prevalecendo a proposta de Sarney, de uma Assembleia Constituinte congressual, que cumularia suas funções com aquelas ordinárias do Poder Legislativo Federal”. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 158.

¹⁰⁵ Reforça a necessidade de consulta popular o fato de 1/3 dos senadores que participará dos trabalhos de alteração constitucional não ser originalmente eleito com tais poderes. O referendo acaba por mitigar esse déficit.

¹⁰⁶ Por esse mesmo raciocínio, nada impediria a formação de um órgão exclusivo e temporário para deliberar sobre as matérias constantes do ato convocatório do desmembramento, em vez

Em suma, o processo de desmembramento aqui aventado, levando-se em conta a ordem constitucional brasileira, é composto por uma etapa convocatória, seguida, após pleito de renovação da câmara dos deputados e de 2/3 do senado, de negociação, deliberação e votação pelo congresso, investido agora também nesta função “transformativa”, o qual, se aprovar a proposta de alteração, submetê-lo-á ao titular da soberania, para fazer valer sua vontade. A experiência republicana brasileira, tal qual a do império, é fértil em exemplos de marginalização das massas populares em prol de uma aristocracia econômica e política bem servida. É hora de dar um basta nisso.

Mesmo não havendo previsão expressa para a adoção deste processo na Constituição, é preciso lembrar novamente que a teoria do desmembramento e a regra da mutualidade alicerçam-se primordialmente em um dado sociológico: o respaldo dado pelo povo, em suas mais diversas dimensões e estratos, e pela elite jurídica da nação, à mudança. De qualquer forma, tal raciocínio é respaldado pela CRFB/88, ao consagrar o princípio democrático como valor matriz da República Federativa, a soberania como seu fundamento, e o povo como titular primeiro e último da prerrogativa de fundar, refundar, modificar e extinguir a ordem constitucional e jurídica do país, a quem todos os órgãos instituídos devem máximo respeito e deferência.

Em síntese, para finalizar o tópico e ilustrar melhor o funcionamento prático da teoria esposada neste trabalho, duas hipóteses relevantes são logo abaixo aventadas, não muito distantes da realidade brasileira.

Hipótese 1 – Suponha o entrincheiramento na constituição de determinado benefício pecuniário vultoso atribuído a um conjunto de carreiras prestigiadas no seio do serviço público. Emenda Constitucional posterior é promulgada pelas casas do Congresso Nacional para extirpar tal privilégio da lei suprema, de modo a prestigiar o princípio da isonomia e do equilíbrio orçamentário. O Supremo Tribunal Federal, porém, em sede de controle concentrado, perfaz interpretação expansiva da cláusula pétrea do inciso IV do § 4º do artigo 60 da CRFB/88, entendendo que tal emenda viola direito adquirido da quase totalidade dos servidores em atividade – artigo 5º, XXXVI, CRFB/88, em clara afronta ao intuito da alteração levada a cabo, tornando-a, em decorrência, sem efeito para aqueles que ingressaram na carreira em data anterior à sua edição. Nesta situação, como alternativa à aprovação de nova emenda constitucional em reação à decisão da suprema corte, o desmembramento, seguindo os passos retrossalientados, confere à resposta um caráter bem mais contundente, transmitindo

de atribuí-lo a outro que já possui funções relacionadas à política ordinária, o que pode, inclusive, gerar prejuízos para a reforma e ocasionar a inserção de dispositivos banais e privilégios em documento tão importante quanto a constituição.

ao judiciário o desejo social amplo e robusto no sentido de combater a perpetuação de injustiças e distinções odiosas, à qual dificilmente este não se curvará, seja em virtude de comportamento estratégico para evitar desgastes em seu prestígio, seja pelo aumento de quórum necessário para a declaração de inconstitucionalidade da alteração, caso adotada a interpretação aqui proposta para o artigo 97 da CRFB/88.

Hipótese 2 – Suponha que o Congresso Nacional, aliado a um executivo com baixa taxa de aprovação popular, edite emenda à constituição instituindo um “regime fiscal diferenciado”, que estabeleça restrições drásticas, por um longo prazo, à realização de despesas primárias em áreas sociais chave, sobretudo saúde e educação, comprometendo significativamente a eficácia de direitos sociais consagrados na constituição, até mesmo de seus núcleos essenciais, direitos estes, para a melhor doutrina, protegidos pelo limite material do inciso IV do § 4º do artigo 60 da CRFB/88¹⁰⁷. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a situação em sede de controle concentrado, tem na teoria do desmembramento um aliado poderoso, que lhe dá maior segurança, do ponto de vista estratégico, na declaração de inconstitucionalidade do ato fruto do poder derivado, a despeito de o procedimento de emenda possuir um rigor maior que o da legislação infraconstitucional. A corte, ao invalidá-la, induzirá o congresso e o executivo, implícita ou explicitamente, a buscar maior representatividade e o apoio do povo, mediante um procedimento ainda mais rígido e democrático, se realmente quiser que as reformas sejam levadas a efeito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As baionetas, os tanques, a secessão, a revolução e os golpes de Estado, capazes de tornar constituições inteiras sem efeito, vêm sendo substituídos, nas últimas décadas, por técnicas mais sutis de desmonte de partes essenciais da lei maior, tal como originalmente concebida no momento constituinte. A feição descritiva da Teoria do Desmembramento Constitucional, elaborada pelo Professor Associado do Boston College of Law Richard Albert, objetiva justamente precisar e fornecer as características básicas deste fenômeno. Destarte, o desmembramento, enquanto realidade fenomênica, viria a ocupar posição intermediária entre o poder de reforma constitucional, veiculado mediante emendas à constituição, cujo propósito seria o de correção de falhas ou aperfeiçoamento de seu texto, e o poder constituinte, potência capaz de refundar a ordem jurídica em sua totalidade. Aquele, por sua vez, reflete o esforço deliberado de desmontar uma ou mais partes constituintes da lei fundamental, sejam estas codificadas ou

¹⁰⁷ Cf. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 309.

não, transformando sua *identidade, valores* ou *arquitetura*, sem, contudo, provocar uma ruptura na continuidade legal necessária à manutenção de um regime político estável. Acresça-se, ainda, que a ocorrência de tal fenômeno não deve ser encarada como intrinsecamente deletério, podendo, em verdade, do ponto de vista histórico, ser observado tanto na implantação de regimes semiautoritários quanto na abolição da escravatura, por exemplo.

Por conseguinte, à descrição junta-se a prescrição: é necessária alguma regra básica que permita dotar e aferir a legitimidade de um desmembramento. A ela foi dado o nome de regra de mutualidade, composta por quatro parâmetros (ou “fatores”), e cujo enunciado central envolve a categorização do desmembramento como regular se utilizado para tanto o mesmo procedimento empregado pelo poder originário para ratificar e promulgar a Constituição objeto de transformação. No âmbito da jurisdição constitucional, a teoria analisada, no modelo idealizado por Albert, tem por proposta a substituição da concepção de supremacia judicial, em que o judiciário arroga para si o monopólio da última palavra em matéria de interpretação constitucional, por outro menos beligerante e mais deliberativo e dialógico, chegando a defender que o poder judiciário deveria, no que concerne à apreciação de reformas constitucionais, restringir-se a emitir opiniões não vinculantes, apontando qual seria, em sua percepção, a natureza da modificação que se busca implementar – se emenda ou desmembramento – e, por via de consequência, o *quantum* de respaldo popular necessário para legitimá-la.

O presente trabalho, entretanto, propõe uma visão alternativa, associada a um controle de constitucionalidade jurisdicional forte e repressivo, que permita ao poder judiciário verificar se a mudança perpetrada pelo poder derivado é mera emenda à constituição, caso em que será reputada válida se não violar nenhum limite formal ou material previamente estabelecido na lei maior, ou se configura verdadeiro desmembramento, caso em que será reputada inválida, exigindo-se sua reapreciação segundo a regra de mutualidade. No mais, não fica desautorizada a avaliação pelas cortes de justiça da legitimidade do desmembramento, mas, em certas hipóteses, devido a uma presunção reforçada de constitucionalidade desta alteração, será necessário o assentimento de um número maior de seus magistrados para rechaçá-la.

Essa versão “mitigada” da teoria do desmembramento teria boa aderência à realidade brasileira, pela natureza democrática do texto e do processo de elaboração da Constituição de 1988, pela maior rigidez do procedimento adotado pelo constituinte originário, em relação ao previsto no artigo 60 da CRFB/88 para a promulgação de emenda constitucional, e pelo papel relativamente ativo do judiciário brasileiro, sobretudo de seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, na invalidação de emendas constitucionais. E, ainda, pode ser facilmente fundamentada no princípio democrático (Art. 1º, *caput*, da CRFB/88) e na titularidade da soberania pelo povo (Art. 1º, inciso I e parágrafo único da CRFB/88),

único legitimado a fundar, refundar, modificar e extinguir a ordem constitucional e jurídica do país, a quem todos os órgãos instituídos devem máximo respeito e deferência.

Uma das grandes missões da teoria do desmembramento é, sem dúvida, a de garantir o respeito à dinâmica democrática e à autodeterminação das gerações presentes e futuras, principalmente quando em jogo mudanças drásticas no diploma maior da comunidade política. É preciso resgatar a voz e o consentimento dos mais diversos segmentos sociais na definição do perfil e caráter presente e futuro da constituição cidadã, muitos deles marginalizados ao longo da história brasileira.

Por último, importante salientar que a presente análise da teoria do desmembramento e de sua possível aplicação ao Brasil tem caráter meramente *propedêutico*. Trata-se de teoria que, em contextos de ascensão, no meio social, de ideias odiosas e contrárias ao Estado Democrático de Direito, pode revelar-se perigosa, ao permitir que uma sociedade pouco comprometida com a matriz emancipatória das liberdades e direitos fundamentais dê respaldo à revogação de normas intangíveis caras à própria democracia e ao respeito à dignidade da pessoa humana. É necessária uma maior reflexão acerca do atual cenário socio-político e do nível de enraizamento na sociedade de uma cultura constitucional e democrática de tolerância, fiscalização e efetiva participação da cidadania na esfera pública, para que se averigue a real possibilidade de aplicação do desmembramento e de sua regra de mutualidade à ordem constitucional brasileira. Reforce-se, ainda, que, por ter importância central no sistema constitucional pátrio, mormente na defesa de grupos minoritários, o poder judiciário, com destaque para sua Suprema Corte, não se encontra impedido de exercer o controle de constitucionalidade sobre desmembramento eventualmente efetuado, mantendo intactas suas missões institucionais. O que se altera, na versão mitigada da teoria do desmembramento aqui desenvolvida, é apenas seu ônus argumentativo e o quórum necessário para a invalidação de modificação constitucional transformativa que tenha obtido amplo respaldo popular.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, B. *We the People: Foundations*. Cambridge: The Belknap Press, 1991. v. 1.
- ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, L. R. A Razão sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. In: SARMENTO, D. (Org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BENVINDO, J. Z. “Constitutional Dismemberment” and Political Crisis in Brazil: Populism in Sight? *Int’l J. Const. L. Blog*, may 6, 2017. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2017/05/constitutional-dismemberment-and-political-crisis-in-brazil-populism-in-sight/>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

BOBBIO, N.; BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 20 reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BRANDÃO, R. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CUNNINGHAM, F. *Teorias da democracia: uma introdução crítica*. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DIXON, R. Populist Constitutionalism and the Democratic Minimum Core. *Int’l J. Const. L. Blog*, apr. 26, 2017. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2017/04/populist-constitutionalism-the-democratic-minimum-core/>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

FRANCE PRESSE. Procuradora venezuelana abre investigação por suposta “fraude” na Constituinte. *GI*, São Paulo, 3 ago. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/procuradora-venezuelana-abre-investigacao-por-suposta-fraude-na-constituin-te.ghtml>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

FIGUEIREDO, J. Apertando o cerco. *O Globo*, Rio de Janeiro, 19 ago. 2017. Seção Mundo, p. 21.

GINSBURG, T.; MELTON, J. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 682, 2014. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/467/>. Acesso em: 28 nov. 2017.

HAMILTON, A; MADISON, J; JAY, J.; ROSSITER, Clinton (Ed.). *The Federalist Papers*, Signet Classic.

HÄRBELE, P. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997 (reimpressão de 2002).

KLUG, H. *The Constitution of South Africa: a contextual analysis*. Kindle Edition. Oxford: Hart Publishing, 2010.

LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, november 2013 Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

LUTZ, D. S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, june 1994. Disponível em: <http://econ-server.umd.edu/~wallis/398W/lutz_amendment_APSR_1994.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

OSÓRIO, A. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PARTLETT, W. What’s wrong with Venezuela’s Constituent Assembly? *Blog of the IACL, AIDC*, Aug. 11, 2017. Disponível em: <<http://wp.me/p5sPRr-yy>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

PILATTI, A. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STOPLER, G. Introduction to I-CONnect/ICON-S-IL Symposium: Constitutional Capture in Israel? *Int'l J. Const. L. Blog*, aug. 20, 2017. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2017/08/introduction-to-i-connecticon-s-il-symposium-constitutional-capture-in-israel/>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

TRIBE, L. H. *American Constitutional Law*. 3. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000.

Data de recebimento: 23/02/2018

Data de aprovação: 04/04/2018