

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

IDENTIDADE DA CONSTITUIÇÃO E LIMITES IMPLÍCITOS AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

CONSTITUTIONAL IDENTITY AND IMPLICIT LIMITS ON CONSTITUTIONAL AMENDMENT POWER

RVD

Recebido em

29.05.2023

Aprovado em.

13.09.2023

Leonardo N. Heck¹,

RESUMO

Este artigo se propõe a investigar o uso do conceito de “identidade constitucional” no Brasil, tanto pela doutrina quanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de identificar seu sentido e possibilidades de aplicação. A análise constata um desenvolvimento insuficiente do conceito na doutrina e jurisprudência brasileiras e, por isso, procura dar-lhe conteúdo a partir da literatura internacional, especialmente, trabalhos de Carl Schmitt, Gary Jacobsohn e Yaniv Roznai. Na sequência, argumenta que o conceito não se presta a desempenhar aquela que parece ser considerada sua principal função: justificar limitações implícitas ao poder de reforma constitucional. Conclui-se que, a despeito disso, ele pode ser útil para identificar e refletir sobre escolhas constitucionais fundamentais e embasar uma postura cautelosa em relação a propostas para alterá-las.

PALAVRAS-CHAVE: identidade constitucional; poder constituinte derivado; emendas constitucionais inconstitucionais; limites implícitos.

ABSTRACT

This article proposes to investigate the use of the concept of “constitutional identity” in Brazil, both in legal doctrine and in the jurisprudence of the Federal Supreme Court, in order to define its meaning and possibilities of application. The analysis concludes that the concept is underdeveloped in Brazilian doctrine and jurisprudence and, therefore, seeks to flesh it out with recourse to the international literature on the topic, especially works by Carl Schmitt, Gary Jacobsohn and Yaniv Roznai. Next, it is argued that the concept is not able to play what seems to be considered its main role: justifying implicit limitations on constitutional amendment powers. In spite of this, the article concludes that the concept can be useful to identify and reflect on fundamental constitutional choices and support a cautious posture in face of proposals to amend them.

KEYWORDS: constitutional identity; constitutional amendment power; unconstitutional constitutional amendments; implicit limits.

¹ Mestrando em Ciência Política na Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito também pela USP. E-mail: leonardo.nochang@gmail.com. ORCID: 0000-0002-5755-6363.

Agradeço a Virgílio Afonso da Silva, Cristiano de Jesus Pereira Nascimento e Matheus Ribeiro Ferreira por comentários a versões preliminares deste artigo.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de “identidade constitucional” vem sendo bastante utilizado na literatura internacional nos últimos anos para descrever o conjunto de elementos definidores de uma constituição. Os debates acontecem, especialmente, no contexto da transferência de competências para entes supranacionais, como a União Europeia, de discussões sobre a “importação” de doutrinas constitucionais estrangeiras e da análise de mudanças constitucionais tidas como “transformadoras”.

Esses debates parecem não ter tido grande repercussão no Brasil. O termo “identidade constitucional” não é de uso corrente e parece não estar associado a nenhum debate teórico importante no país. Há, porém, alguns argumentos esparsos no sentido de que esse conceito poderia ser útil para lidar com alguns problemas que nos são conhecidos, notadamente, os limites da reforma constitucional e o controle de constitucionalidade dessas reformas.

A ideia de “identidade” e outro conceito que a ela se associa – o de mutilação ou “desmembramento” constitucional – foi invocada, por exemplo, para descrever as mudanças implementadas por meio da emenda constitucional (EC) nº 95 – que estabeleceu um limite de despesas públicas por 20 exercícios financeiros – e a atuação do presidente Jair Bolsonaro no começo de seu mandato. Ambas as situações corresponderiam a mudanças de elementos fundamentais da Constituição brasileira de 1988: a garantia e implementação de direitos sociais (Albert, 2018, p. 40–42; Bertotti, 2018; Roznai; Kreuz, 2018) e seu regime presidencialista (Benvindo, 2020).

O conceito de identidade constitucional figura também no campo do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, prática difundida e amplamente aceita no Brasil.² Embora predominem argumentos fundados no procedimento de emenda³ e nos limites expressamente estabelecidos pela Constituição, uma leitura mais atenta de decisões do Supremo Tribunal Federal em casos envolvendo o controle de emendas

² Sobre suas bases teóricas, cf. Colón-Ríos (2012), Landau (2013, p. 231–239) e Roznai (2017, p. 179–225).

³ Sobre o procedimento de emenda como limite ao poder de reforma constitucional, cf. Landau; Dixon (2015, p. 870–875), Pfersmann (2012, p. 93–95).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

constitucionais revela outro tipo de argumento – empregado, até hoje, apenas de maneira subsidiária – fundado na ideia de que a constituição não pode ser emendada de modo a romper sua “identidade e continuidade”.⁴ A despeito de estar ligada a situações com alta repercussão política, o conteúdo e implicações dessa ideia não foram, até o momento, desenvolvidos de maneira sistemática e consistente.

Como interpretar essas referências à manutenção da “identidade e continuidade” da Constituição em decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de emendas constitucionais? Pode-se dizer que, além das cláusulas pétreas – limites materiais explícitos e bastante amplos –, existem outras restrições *implícitas* sobre o poder de emendar a constituição?

Este artigo busca oferecer respostas a essas questões, contextualizando o caso brasileiro em discussões sobre os limites ao poder de reforma constitucional que ocorrem, também, na literatura internacional. Seus objetivos são identificar os usos do termo “identidade constitucional” e termos afins no contexto brasileiro, a fim de esclarecer de que se está falando quando eles são empregados e analisar as consequências normativas que se pode deles derivar.

A tese defendida é que, mesmo se for possível identificar algo como uma identidade da Constituição, esta não se presta a justificar a imposição de limites implícitos ao poder de emenda.⁵ Isso não torna o conceito necessariamente irrelevante, já que sua análise nos leva a pensar sobre a própria natureza de uma constituição e sobre a forma adequada de valorizar e proteger certas decisões tomadas no nível constitucional. A construção do argumento começa com uma análise do estágio atual da discussão sobre o conceito de identidade constitucional no Brasil, tanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto na literatura especializada (tópico 2). Em seguida, essa análise é inserida no debate internacional, a fim de especificar e

⁴ V. seção 2.1 abaixo.

⁵ O poder de emendar constituições é designado de maneiras bastante diversas na literatura. O uso de um ou outro termo está vinculado a diferentes posições teóricas e a escolha entre elas não é trivial. Embora o termo mais corrente no Brasil seja “poder constituinte derivado”, emprego, no texto, variações como “poder de emenda” ou “poder de reforma constitucional”, que não presumem um caráter “constituinte” desse poder, um problema que está no centro das discussões a seu respeito. Cf., por exemplo, Roznai (2017, p. 105-134). Cf. V.A. Silva (2021, p. 543-545), que emprega “poder de reforma”.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

refinar o conceito (3), cujo uso para justificar a imposição de limites ao poder de reforma constitucional é criticado na seção 4. A conclusão indica alguns contextos em que o conceito ainda pode ser relevante.

2. O DISCURSO DA “IDENTIDADE DA CONSTITUIÇÃO” NO BRASIL

2.1. Limites Implícitos e Identidade da Constituição no Supremo Tribunal Federal

Indicações sobre a existência de limites implícitos ao poder de reforma constitucional são bastante recorrentes em decisões do Supremo Tribunal Federal sobre emendas constitucionais. Esses limites, entretanto, não são empregados como parâmetro determinante para aferir a regularidade de uma emenda e nenhuma tese consistente sobre sua abrangência foi desenvolvida pelo tribunal. Em geral, a ideia de limites implícitos aparece de maneira subentendida ou na forma de comentários genéricos. Possivelmente, isso se deve à abrangência e relativa indeterminação dos limites materiais explícitos impostos pelo art. 60, §4º, da Constituição, os quais permitem ao tribunal apreciar pedidos sobre uma grande variedade de temas, sempre reconduzindo sua fundamentação a esse dispositivo.

Duas decisões do Supremo Tribunal Federal podem ser empregadas para ilustrar o estado atual do argumento sobre o conceito de identidade da constituição no tribunal, a fim de começar a delinear alguns parâmetros para precisá-lo. São as ADIs 3105 e 2395 e, especificamente, os votos dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes nesses casos.

Os votos do ministro Celso de Mello em ações sobre a constitucionalidade de emendas apresentam versões ligeiramente modificadas de um mesmo texto sobre os limites ao poder de reforma constitucional e a competência do STF para sua efetivação, em uma tentativa de justificá-la. Constam destes votos algumas variantes do seguinte trecho:

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

É preciso não perder de perspectiva, pois, que as reformas constitucionais podem revelar-se incompatíveis com texto da Constituição a que aderem (...). Daí a plena sindicabilidade jurisdicional dos processos de mutação formal da Constituição, especialmente em face do núcleo temático protegido pela cláusula de imutabilidade inscrita no art. 60, §4º da Carta Política.⁶

O emprego do advérbio *especialmente* para enfatizar o art. 60, §4º, como parâmetro para o controle de emendas constitucionais sugere que este dispositivo não se refere a *todos* os possíveis parâmetros de controle, mas apenas aos que, para o ministro, são mais relevantes. Esse argumento, apenas sugerido na ADI 3105, julgada em 2004, aparece explicitamente em voto subsequente do ministro, na ADI 2395, julgada em 2007, que contém a forma mais desenvolvida de seu argumento. Ali, ele afirma, expressamente, a possibilidade de restrições “implícitas ou imanentes” ao poder de emenda:⁷

As limitações materiais explícitas definidas no §4º do art. 60 da Constituição da República – além daquelas que configuram restrições de caráter implícito ou imanente (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Curso de Direito Constitucional Positivo [...]”; NELSON DE SOUZA SAMPAIO, “O Processo Legislativo” [...]) – incidem, diretamente, sobre o poder de reforma conferido ao Legislativo, inibindo-lhe o exercício dessa competência extraordinária, sempre que se tratar de matérias protegidas pelo círculo de incidência das cláusulas pétreas.⁸

As referências citadas pelo ministro sugerem que, com a expressão “limites implícitos ou imanentes” ele tem em vista um conjunto bastante restrito de aspectos que não poderiam ser alterados na Constituição: direitos fundamentais, titularidade do poder constituinte, titularidade do poder de emenda e regras sobre o procedimento de emenda.⁹ À exceção da primeira categoria, esses não são propriamente limites materiais e, assim, não se encaixam no conceito de “identidade constitucional”, que,

⁶ ADI 3105, p. 379 (destaques do original suprimidos). Cf. ADIs 926 MC, 939 MC, 939 (p. 94), 2395 (p. 154-5) e 2356 MC (p. 164).

⁷ ADI 2395, p. 156-157.

⁸ Idem. Destaques do original suprimidos.

⁹ Para os textos relevantes de José Afonso da Silva e Nelson de Souza Sampaio, ver nota 17 abaixo.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

como se verá abaixo, compreende “princípios fundamentais” e “características essenciais” de uma constituição.

O ministro, então, apenas reconhece a possibilidade de limites implícitos ao poder de emenda.¹⁰ Para que se possa falar em uma “identidade constitucional”, porém, é preciso dar mais um passo: reconhecer que tais limites podem corresponder a matérias específicas constitucionalmente reguladas. Esse passo foi dado pelo ministro Gilmar Mendes já na ADI 3105.

Nessa decisão, o ministro remete diretamente a Carl Schmitt – autor alemão muito referido em discussões sobre os limites ao poder de emenda¹¹ – para afirmar a desnecessidade de previsão expressa a respeito da essencialidade e consequente imutabilidade de certas disposições constitucionais:

A problemática assentar-se-ia, segundo Schmitt, na distinção entre constituinte [...] e legislador constituinte [...]. Schmitt enfatizava que a modificação de uma Constituição não se confunde com sua abolição [...]. Portanto, para Schmitt não se fazia mister que a Constituição declarasse a imutabilidade de determinados princípios. É que a revisão não poderia, de modo algum, afetar a continuidade e identidade da Constituição [...]¹²

Após transcrever um trecho muito citado da *Teoria da Constituição* de Schmitt – analisado na seção 3.2 abaixo –, o ministro conclui:

Vê-se, assim que não só os princípios gravados, eventualmente, com a cláusula de imutabilidade, mas também outras disposições – inclusive aquelas relativas ao processo de revisão constitucional – não poderiam ser alterados sem afetar a identidade e a continuidade da Constituição. [...]

Tais cláusulas [de imutabilidade¹³] devem impedir, todavia, não só a supressão da ordem constitucional, mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica.¹⁴

¹⁰ Esta é uma posição compatível com aquela defendida, por exemplo, por Virgílio Afonso da Silva (2004).

¹¹ Cf. seções 2.2, 3.1 e 3.2 abaixo.

¹² ADI 3105, p. 294-296.

¹³ Embora, neste ponto, o ministro pareça fazer referência a limites explícitos (“cláusulas” constitucionais que vedam emendas), no parágrafo imediatamente anterior – aqui suprimido por razões de espaço e relevância – ele reconhece que essa tese diminui o “valor exclusivo” das cláusulas pétreas, que passam

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

Na ADI 2395 – que contém a discussão mais desenvolvida sobre o problema do controle de emendas constitucionais – o ministro, mais uma vez apoiado em Carl Schmitt, voltou a associar essa desnecessidade de limites expressos ao poder de emenda à tese de que a reforma da constituição deve preservar sua “continuidade e identidade”.¹⁵ Ali, ele sustenta que emendas constitucionais não podem romper com elementos essenciais da constituição tal como existe – ou, mais precisamente, tal como foi estabelecida *pelo constituinte*. O argumento vinculado à ideia de identidade, porém, termina nesse ponto.

Embora se trate de comentários pontuais, que não fundamentam declarações de inconstitucionalidade, ideias similares, menos desenvolvidas, aparecem recorrentemente em acórdãos do tribunal em casos nos quais está em jogo a constitucionalidade de uma emenda constitucional.¹⁶ Com isso, apesar da ausência de uma construção consistente, os exemplos apresentados indicam que o conceito de identidade constitucional representa, em tese, instrumento que poderia ser invocado pela corte para apreciar e invalidar reformas constitucionais.

Para avaliar essa possibilidade e, mais concretamente, uma eventual manifestação do STF fundada na ideia de identidade constitucional, ainda é preciso definir i) a que esse conceito se refere; e ii) se ele é apto a fundamentar restrições ao poder de reforma constitucional. As próximas seções enfrentam esses problemas.

a ter valor meramente declaratório – i.e., apenas reconhecem a imutabilidade de certos aspectos da constituição.

¹⁴ ADI 3105, p. 295-296.

¹⁵ ADI 2395, p. 127-128

¹⁶ Para outras ocorrências de argumentos sobre a existência de limites implícitos ao poder de emenda além das já citadas, cf. ADI 829 (julgada em conjunto com as ADIs 830 e 833), voto do min. Moreira Alves; ADI 939, parecer da PGR (transcrito no relatório do acórdão); ADI 1420 MC, voto do min. Néri da Silveira; e ADI 4307 MC-REF, voto do min. Gilmar Mendes. Referências expressas a ideias como “identidade”, “espírito”, “essência” ou “núcleo” da constituição podem ser encontradas nas ADIs 2356 MC (voto do min. Cezar Peluso), 5316 MC (voto do min. Celso de Mello) e 5296 MC (voto da min. Carmen Lúcia). Por outro lado, há algumas manifestações no sentido de que os limites ao poder de reforma constitucional seriam apenas aqueles explicitamente previstos na Constituição, como nas ADIs 1946 MC (voto do min. Moreira Alves), 2732 (voto do min. Dias Toffoli), 5316 MC (voto do min. Luís Roberto Barroso) e 4357 (votos dos min. Teori Zavascki, que admite limites “implicitamente decorrentes” das cláusulas pétreas, e Dias Toffoli).

2.2. Limites Implícitos e Identidade da Constituição na Literatura Brasileira

Na doutrina brasileira, a discussão sobre os limites implícitos ao poder de reforma constitucional existe, mas é relativamente pouco desenvolvida. Muitas vezes, resume-se a descrever opiniões ou a citar diretamente alguns poucos autores que exploraram o tema no passado.¹⁷ As figuras mais recorrentes são Carl Schmitt (1982 [1928]), Nelson de Souza Sampaio (1954) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1985). Eventualmente, há referência indireta a autores ainda mais antigos¹⁸ – em geral, citados apenas para conferir autoridade à opinião de que existem limites implícitos ao poder de emenda.

O termo “identidade da constituição”, mais especificamente, embora empregado com certa frequência, não foi construído de forma consistente nessa literatura. Uma breve análise de seu uso indica a precariedade de suas bases teóricas. Em geral, ele aparece acompanhado de uma transcrição literal da obra de Carl Schmitt, autor alemão cujas principais obras foram publicadas ainda na primeira metade do século XX. Segundo ele, “*reforma constitucional não é destruição da Constituição*” e o poder de emenda só poderia ser exercido de modo a preservar “a identidade e continuidade da Constituição considerada como um todo” (Schmitt, 1982, p. 119).¹⁹ Pouco mais que isso é oferecido para descrever e justificar tais asserções. Em geral, afirma-se, como um truísmo, que são proibidas emendas constitucionais que rompam com a identidade da constituição.

¹⁷ Dentre as referências mais citadas, uma das mais antigas é Sampaio (1954, p. 92–107), que propõe quatro tipos de limites (direitos fundamentais, titularidade do poder constituinte, titularidade do poder de emenda e regras sobre o procedimento de emenda). Essa posição é seguida por José Afonso da Silva (2016, p. 70), que apenas descreve o argumento de Sampaio e observa que, com a Constituição de 1988, os direitos fundamentais passaram à condição de limites explícitos. Cf., também, Ferreira Filho (1985, p. 110–116), que descreve a opinião de diversos autores (Joseph Story, Thomas Cooley e William Marbury, referidos na nota abaixo; Schmitt (1982); e o próprio Sampaio), embora sem especificar de forma clara de onde vêm as referências.

¹⁸ Story (1873), Cooley (1893, p. 119) e Marbury (1919, p. 234)

¹⁹ Itálico no original. Todas as traduções de citações literais de obras em língua estrangeira apresentadas neste trabalho são minhas. No que diz respeito à obra de Schmitt, para a apresentação de citações literais e o esclarecimento de conceitos, consulte, também, a edição alemã do texto: Schmitt (1957).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

Para poder avaliar o argumento, é preciso, primeiro, entender o que é essa “identidade”. A interpretação mais coerente com a literatura sobre o tema é que o termo se refere a um conjunto restrito de características do texto, determinadas por sua natureza ou importância. Não se trata, portanto, de definir se uma constituição continua a mesma depois de uma emenda a qualquer de seus dispositivos. Trata-se de identificar uma “estrutura básica” do texto e afirmar sua intangibilidade. O próximo passo é investigar quais são os componentes dessa estrutura.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1985, p. 111) apresenta os limites implícitos ao poder de emenda recorrendo a Thomas Cooley – a quem liga a ideia de “espírito da Constituição” – e às ideias de Carl Schmitt já mencionadas. Schmitt é, também, referido por Gilmar Mendes (1997, p. 79), que emprega sua tese para introduzir a noção de limites implícitos ao poder de emenda, afirmando que estes – junto com limites explícitos – servem para preservar a “continuidade e identidade da Constituição”. Maurício Lopes (1993, p. 145, 146, 154), também lidando com os limites ao poder de emenda, emprega termos como “identidade”, “estrutura” e “espírito” da constituição, mas não lhes dá um conteúdo claro, nem distingue claramente entre eles.²⁰

Ingo Sarlet (2003, p. 85), por sua vez, desenvolveu um argumento mais extenso, segundo o qual os direitos sociais não poderiam ser suprimidos da constituição brasileira, por serem parte de sua identidade.²¹ Esta corresponde, para ele, a “elementos essenciais” do texto, muitos dos quais protegidos pelas cláusulas pétreas. Segundo ele, esses elementos essenciais não poderiam ser suprimidos pelo poder de reforma constitucional, porque esse não é um “poder criador”, mas apenas uma competência limitada, que não pode estabelecer uma nova constituição (Sarlet, 2003, p. 81–82). Essa identidade corresponderia a “decisões políticas fundamentais” (Sarlet,

²⁰ Também empregam o conceito, embora, em geral, sem maior aprofundamento teórico, com sentidos diversos e de forma inconsistente: Fernandes (1981, p. 21–29), Maiolino (2011, p. 107–110), Rocha (1993, p. 163, 169, 171) e Silveira (1995, p. 15, 18) Cf., ainda, Bertotti (2018). Raul Machado Horta (1994, p. 13–15), embora sem empregar o conceito de forma direta, utiliza-se da lógica a ele subjacente.

²¹ Mais recentemente, argumento no mesmo sentido foi desenvolvido em Roznai; Kreuz (2018).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

2003, p. 87), termo que remete a Schmitt, e seria determinada em vista do “espírito” da constituição.²²

O argumento de Sarlet a respeito da identidade constitucional encontra paralelo em artigo de Fayga Bedê (2006), que discute suas ideias, e também emprega o conceito para justificar a intangibilidade dos direitos sociais. Bedê recorre à distinção apresentada por Carl Schmitt²³ entre “constituição” e “leis constitucionais” e sustenta que os direitos sociais fazem parte da “constituição”: representam uma “decisão política fundamental”, que não pode ser alterada pelo poder de emenda. Essas afirmações são justificadas com referência ao processo constituinte e a dispositivos constitucionais que instituem meios para a promoção de justiça social (Bedê, 2006, p. 107–113),²⁴ o que expressaria um caráter social-democrata da constituição. Nela, os direitos sociais assumiriam papel central e, assim, integrariam sua identidade.

Por fim, um exemplo mais recente de emprego do termo “identidade” pode ser encontrado em artigo de Oscar Vilhena Vieira e Ana Laura Barbosa (2018) sobre o processo constituinte e a “resiliência” da Constituição de 1988. Seu argumento principal é que, embora o texto tenha sido repetidamente emendado, seu “núcleo” teria sido preservado. Em diversos pontos, emprega-se a expressão “identidade” para referir-se a tal núcleo, mas seu conteúdo não fica claro. Em determinado momento, afirma-se que:

Nestas três décadas o texto foi emendado 106 vezes, o que indica por um lado, certa “instabilidade normativa”. Por outro, no entanto, o texto demonstra enorme capacidade de adaptação. Cumpre destacar que a grande maioria dessas reformas não atingiu o cerne da Carta Magna. O sistema político e a carta de direitos encontram-se basicamente preservados (Vieira; Barbosa, 2018, p. 387).

²² Cf. Karl Loewenstein (1976, p. 189, 192–195). Embora procure construir esse conceito de “identidade constitucional” e afirmar sua imutabilidade, é de se notar que esse argumento tem um papel secundário na tese de Sarlet a respeito da impossibilidade de suprimir os direitos sociais, a qual se baseia, fundamentalmente, em uma interpretação extensiva do art. 60, §4º, do texto, entendendo “direitos sociais” como contidos na expressão “direitos e garantias individuais”.

²³ O argumento de Carl Schmitt é apresentado mais detalhadamente na seção 3.3 abaixo.

²⁴ Cf. preâmbulo e arts. 3º (objetivos da República), 173 (exploração direta de atividade econômica pelo Estado) e 174 (regulação da atividade econômica).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

Aqui, “o sistema político e a carta de direitos” parecem ser entendidos como “cerne” da constituição. Em outras palavras, a ideia parece corresponder ao conteúdo concreto dado a um “núcleo” constitucional estático, composto por características que, abstratamente, correspondem ao próprio conceito de constituição. Essa forma de entender o conceito será associado, nas próximas seções, às ideias de Carl Schmitt e parece ser a maneira mais adequada de compreender menções à identidade constitucional no contexto brasileiro. Na página seguinte, porém, lê-se que

A maior parte das reformas constitucionais se dirigiu a alterar a ordem econômica, as diversas políticas públicas e os regimes jurídicos de natureza estatutária. Não se deve minimizar o impacto de algumas dessas reformas sobre a identidade da Constituição. A Emenda nº 6, de 1995, por exemplo, deu início a uma profunda alteração do sistema econômico originalmente desenhado pelo constituinte, abrindo espaço para maior liberalização da economia, privatizações e integração ao mercado internacional (Vieira; Barbosa, 2018, p. 388).

Nesse ponto, o sistema econômico – que é distinto e relativamente independente do sistema político – parece ser inserido na identidade constitucional. Isso pode ser lido tanto como uma extensão da perspectiva articulada acima quanto como um recurso a uma compreensão diversa de identidade constitucional, mais flexível e contextual. Esta segunda perspectiva será associada, no tópico 3.1, às ideias de Gary Jacobsohn e parece ser a mais difundida no debate internacional contemporâneo.²⁵

Essa análise sugere que o termo “identidade da constituição” e expressões similares são tomadas como autoexplicativas. Esse parece ser o caso em boa parte das demais contribuições brasileiras apresentadas acima. Quando não se busca derivar consequências normativas fortes do conceito, essa ausência de reflexão sobre seu conteúdo é pouco problemática.²⁶ Por outro lado, quando o conceito é invocado para justificar restrições não expressas ao poder de emendar a constituição – como nos votos do ministro Gilmar Mendes referidos acima e em parte da doutrina – questões

²⁵ Uma terceira concepção possível é introduzida mais à frente no artigo, quando há referência ao cerne da constituição como algo protegido pelas cláusulas pétreas (VIEIRA; BARBOSA, 2018, p. 389-90).

²⁶ Este é o caso do artigo de Vieira e Barbosa.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

incômodas começam a surgir. Como justificar a vinculação de uma comunidade política a algo que não está expresso em sua constituição? Até que ponto se pode dizer que isso é democrático? Quem pode dizer quais são esses limites na ausência de fundamento textual?

As respostas a essas perguntas podem ser diferentes a depender de como se conceitua a “identidade constitucional”. Antes de enfrentá-las, portanto, é preciso, dar um conteúdo mais concreto essa ideia, o que busco fazer no próximo tópico.

3. MODELOS DE IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

3.1. Modelo Rígido e Modelo Flexível

Na literatura estrangeira, a expressão “identidade constitucional” é empregada em sentidos diversos em diferentes contextos.²⁷ No campo que interessa a este artigo – o da mudança constitucional – parece haver um emprego crescente do termo.²⁸ A principal referência contemporânea neste campo é a obra de Gary Jacobsohn (2006, 2010).

Por outro lado, como indicado acima, as discussões brasileiras que envolvem termos como “identidade constitucional” e assemelhados, têm como paradigma não a obra de Jacobsohn, mas uma interpretação de trechos da *Teoria da Constituição* de Carl Schmitt, que, embora não empregasse o termo “identidade” como um conceito autônomo, sugere que algumas partes do texto constitucional, tidas como fundamentais e definidas em termos substantivos, não podem ser alteradas pelo poder de emenda.

Nesta seção, busco desenvolver a tese de que cada uma dessas perspectivas compreende o conceito de identidade constitucional de forma diversa e, com isso, as consequências que se pode dele derivar são, também, diferentes. A despeito disso, é

²⁷ Uma breve descrição de cinco discursos que empregam o conceito de formas variadas pode ser encontrada em Polzin (2017, p. 1596–1599).

²⁸ Cf., e.g., Albert (2018, 2019, cap. 2), Dixon (2011), Jacobsohn (2006, 2010); Roznai (2017, p. 47 ss., 148–150) e Tushnet (2010)

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

possível identificar uma certa sobreposição entre os dois conceitos – i.e., algo que seria considerado parte da “identidade constitucional” em ambas as concepções.

A análise do uso da ideia de “identidade constitucional” pelo STF e pela doutrina e teoria brasileiras realizada acima indica que o termo parece ser utilizado como referência a decisões políticas concretas a respeito de uma estrutura mínima ou um conjunto mínimo de elementos que precisam ser conjugados para que se possa dizer que algo é uma constituição.²⁹ Ou seja, primeiro, postula-se (ainda que implicitamente) que uma constituição consiste em decisões políticas sobre, por exemplo, forma e sistema de governo. Em seguida, olha-se para as decisões concretas que foram tomadas no momento constituinte, em que se criou um regime republicano e presidencialista. Conclui-se que essas são as características definidoras da identidade dessa constituição.

Proponho chamar esta concepção de identidade constitucional de “modelo rígido”, porque ele compreende um conjunto fixo de características que, em abstrato, são consideradas como definidoras de uma constituição. Essa forma de entender o conceito afasta-se de outra mais genérica que o define como os “atributos e características de uma constituição que nos permitem identificá-la como um fenômeno jurídico e político único” (Jacobsohn, 2010, p. 2). Em oposição ao primeiro, proponho chamar esse segundo modelo de “flexível”, já que, em princípio, ele permite que quaisquer características de uma constituição sejam consideradas parte de sua identidade. Para defini-la, é preciso olhar não apenas para o texto da constituição, mas também para o modo como agentes jurídicos e políticos relacionam-se com ela e tomam decisões.

Esses dois usos do termo não são mutuamente exclusivos, mas o segundo abre muito mais possibilidades que o primeiro. Além disso, não distinguir entre essas duas perspectivas pode levar à confusão conceitual. A diferença entre eles pode ser esclarecida por meio de um exemplo.

²⁹ Esse uso do termo corresponde ao conceito “positivo” de constituição de Schmitt (v. seção 3.2. abaixo).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

Tomemos a Constituição brasileira, ampla, detalhista e integrada por inúmeros dispositivos que instituem “políticas públicas” e que, assim, usualmente não seriam considerados constitucionais.³⁰ Esses fatos a respeito da constituição brasileira são irrelevantes para o modelo rígido, já que inteiramente contingentes: se o texto fosse enxuto, genérico e contivesse apenas dispositivos instituindo uma presidência, um parlamento, um poder judiciário e alguns direitos fundamentais, ainda poderíamos identificá-lo como a Constituição brasileira de 1988, já que as decisões políticas relevantes (e.g., presidencialismo, separação de poderes, garantia de direitos) seriam as mesmas.

Para o modelo flexível, por outro lado, aquelas características – extensão, detalhamento, presença de políticas públicas – são essenciais: são elas que permitem identificar aquele texto como a *Constituição brasileira de 1988*, distinguindo-a, por exemplo, da Constituição brasileira de 1967 ou da Constituição estadunidense de 1787. Este segundo modelo, portanto, envolve um elemento comparativo que não está presente da mesma forma no primeiro.

Supondo, para fins deste exemplo, que a identidade constitucional do modelo rígido seja composta por forma de governo, forma de Estado e tipos de direitos garantidos a cidadãos e cidadãs, seria possível pensar que dois textos constitucionais de países diversos que adotassem um sistema presidencialista, alguma forma de federalismo e atribuíssem apenas direitos civis e políticos teriam identidades com conteúdo igual. Disso não concluiríamos que correspondem à mesma constituição, porque não conhecemos suas demais características – mas isso parece paradoxal. A dificuldade está, porém, na comparação em si: ela simplesmente não faz sentido nesse modelo. Ele se propõe apenas a tratar da constituição como uma unidade em si, sem considerar elementos externos, inclusive outras constituições. O modelo flexível, por sua vez, admite comparações e é capaz de diferenciar dois textos constitucionais como os referidos.

³⁰ Cf. Couto; Arantes (2006).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

Os pressupostos teóricos subjacentes ao uso do termo, no Brasil, em geral estão mais próximos às ideias de Carl Schmitt. Isso é sugerido não só pelas recorrentes referências ao autor, mas, principalmente, pelas remissões a um “núcleo” constitucional fundamental³¹ e o recurso a um tipo de teoria do poder constituinte profundamente influenciada por Schmitt. Proponho, então, que as referências à identidade constitucional no Brasil, para serem consistentes, devem ser lidas como referências ao modelo “rígido”.

Para compreender mais adequadamente a questão, é importante apresentar alguns elementos da teoria de Carl Schmitt. Ele, de fato, afirma que o exercício do poder de emenda deve manter “a identidade e continuidade da constituição considerada como um todo” (Schmitt, 1982, p. 119) e outras frases em sentido semelhante podem ser encontradas ao longo de sua obra. Mas elas devem ser compreendidas em seu contexto. Empregá-las descoladas do restante do texto ou de uma explicação sobre ele pode levar a mal-entendidos. Procuo esclarecer os possíveis problemas dessa descontextualização no próximo tópico, a fim de afastar a discussão de questões que parecem pouco promissoras e levá-la para os pontos realmente importantes.

3.2. Carl Schmitt e o Modelo Rígido de Identidade Constitucional

Para compreender as recorrentes citações de trechos da *Teoria da Constituição* de Carl Schmitt, é preciso, primeiro, compreender seu conceito de “constituição”. O livro começa afirmando a polissemia desse termo e seus quatro primeiros capítulos são dedicados a apresentar quatro sentidos que ele pode assumir. Os pormenores de cada

³¹ Também as referências na literatura internacional a um núcleo constitucional substantivo são fundadas explícita ou implicitamente nas ideias de Schmitt – ao contrário do que argumenta Andrew Arato, que apresenta a doutrina indiana da estrutura básica da constituição como independente dessas ideias. Ele mesmo reconhece, porém, em uma nota de rodapé, a “possível” influência daqueles argumentos por meio de um artigo de Dieter Conrad, diretamente citado pela Suprema Corte Indiana no caso em que a doutrina da estrutura básica foi empregada pela primeira vez (*Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, (1973) 4 SCC 225). O texto de Conrad efetivamente cita algumas obras de Schmitt, inclusive sua *Teoria da Constituição*. Cf. Arato (2011, p. 326) e Conrad (1999, p. 56, 64).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

um não são relevantes para este artigo, mas o fato de o autor apresentar quatro diferentes formas de entender “constituição” é importante para a análise do trecho em que ele afirma que a “identidade e continuidade da constituição como um todo” devem ser preservadas.

Além da polissemia do termo “constituição”, outro aspecto que complica a análise do argumento sobre os limites ao poder de emenda na obra de Schmitt é a multiplicidade de expressões por ele empregadas para designar aquilo que seria protegido contra reformas (Arato, 2011, p. 331). Uma leitura que busca dar coerência ao texto do autor pode ser a seguinte: quando ele se refere a “constituição”, não está (em geral) empregando o sentido usual do termo, mas o sentido “positivo” que ele mesmo estipulou e que corresponde à “decisão global sobre o tipo e a forma da existência da unidade política como um todo”. Ela passa a existir por meio de uma decisão desta própria unidade política, a qual preexiste à constituição (Schmitt, 1982, p. 45–46)³².

É esse sentido de constituição que Carl Schmitt (1982, p. 65) se propõe a empregar ao longo do livro. Portanto, essa parece ser a perspectiva mais adequada a se adotar em sua análise.

O próximo passo consiste em notar que, em contraste com esse conceito de constituição, Schmitt define “leis constitucionais” – leis que são inseridas em um instrumento chamado de “constituição” e identificadas como pertencentes a ele por meio de critérios formais. Essas leis só valem com referência à constituição em sentido positivo e a pressupõem (Schmitt, 1982, p. 35-7, 45-6). A partir disso, ele constrói uma série de outros conceitos que são expostos com recurso a palavras cujo uso na linguagem ordinária e na teoria constitucional não considera o binômio constituição/ leis constitucionais. Esses conceitos podem, se empregados fora de contexto, gerar confusões.

A seção em que a famosa frase de Schmitt está inserida chama-se “Limites da faculdade de reformar a constituição”. Ali aparecem, também, as afirmações

³² Neste ponto, adaptei a tradução.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

relacionadas de que reforma constitucional “não é destruição da constituição”, nem “supressão da constituição” (Schmitt, 1982, p. 119, 120). Compreender esses trechos depende de inseri-los corretamente no arcabouço conceitual desenvolvido pelo autor. Mais especificamente, é necessário olhar para como ele define “reforma constitucional”, em um trecho anterior. Segundo Schmitt, esta consiste na “reforma do texto das leis constitucionais válidas até então; o que compreende, também, o afastamento de disposições legais-constitucionais isoladas até então válidas e a adoção de novos regramentos legais-constitucionais isolados” (Schmitt, 1957, p. 99).

A seguir, o autor reconhece a imprecisão do termo em face de seu esquema conceitual: “A expressão reforma (ou revisão) constitucional é inexata, porque *não se trata de reformas da própria Constituição, mas, tão somente, de reforma das disposições legais-constitucionais*. A expressão, porém, é hoje corrente e será, por isso, mantida” (Schmitt, 1957, p. 99, sem destaques no original).

Entender que “identidade da constituição” pode ser buscada como um conceito autônomo na obra de Schmitt, referindo-se a um núcleo essencial da constituição, nos levaria a interpretar sua frase como uma indicação de que se deveria buscar um tal núcleo na constituição em sentido positivo. Isso, porém, contraria sua definição de “reforma constitucional”, que implica a imutabilidade da constituição em sentido positivo *em sua totalidade*. O termo “identidade” não figura, portanto, como um conceito que se refere a algo específico em uma constituição. Ele é empregado apenas para defender que a constituição em sentido positivo não pode ser alterada – o que corresponde, simplesmente, a reafirmar a dicotomia constituição/ leis constitucionais e o próprio conceito de “reforma constitucional”. Assim, referências avulsas a essa passagem específica da *Teoria* – i.e., referências que não a contextualizam no conjunto do texto – não são boas justificativas para as teses de que a constituição tem uma “identidade” e que esta não pode ser emendada, porque dependem de uma série de distinções anteriores que ou ficam implícitas no argumento ou são abandonadas.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

Mais condizente com a obra de Schmitt seria remeter aos conceitos de constituição em sentido positivo (1), leis constitucionais (2) e reforma constitucional (3)³³ e, em seguida, argumentar que – no discurso constitucional corrente – o primeiro poderia ser expresso por “identidade” ou “estrutura básica” da constituição, a qual, em vista do terceiro, teria de ser entendido como não sendo passível de mudança, senão pelo poder constituinte (originário). Dessa forma, ficaria claro que, embora a construção teórica subjacente ao conceito de “identidade” possa ter sua origem na obra de Schmitt, o termo, com esse sentido, não era empregado pelo autor.

Permanece parcialmente aberta a questão de como definir o conteúdo da constituição em sentido positivo. Schmitt o apresenta apenas com referência ao exemplo da Alemanha, onde, segundo ele, a constituição correspondia ao compromisso com um governo parlamentar democrático e republicano, uma forma federal de Estado e o modelo do “Estado burguês de direito” e seus princípios (Schmitt, 1982, p. 47–48).³⁴ É plausível supor – embora não esteja claro se essa era a intenção de Schmitt – que isso pode ser abstraído para definir como componentes da constituição positiva a forma e sistema de governo, forma de Estado e algum arquétipo de organização estatal ao qual estariam vinculados certos princípios.

Pode-se concluir dessa análise que Schmitt não emprega “identidade da constituição” como um conceito que remeta a algo específico em um texto constitucional. Referir-se ao trecho em que ele nega a possibilidade de alterar a “identidade da constituição” torna o debate impreciso e suscetível a confusões, porque ignora todas as distinções previamente estabelecidas.³⁵ A tese de que elementos fundamentais de uma constituição não podem ser alterados pelo poder de emenda está, de alguma forma, presente em sua obra. Mas enunciá-la em termos de “identidade

³³ Cf. Schmitt (1982, p. 115, 35-7, 45-6).

³⁴ Schmitt se referia à Constituição alemã de 1919, conhecida como “Constituição de Weimar”.

³⁵ O termo “continuidade”, por sua vez, parece ser irrelevante em vista da argumentação que desenvolvi acima, já que, considerando os conceitos de “constituição” (em oposição a “leis constitucionais”) e “reforma constitucional” tais como construídos por Schmitt, dizer que o poder de emenda deve preservar a “continuidade da constituição” equivale a dizer, simplesmente, que ele deve preservar a própria constituição – porque pode atingir apenas as leis constitucionais.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

da constituição” como se houvesse aí um conceito não se encaixa no arcabouço teórico construído por ele.

4. IDENTIDADE DA CONSTITUIÇÃO E EMENDAS CONSTITUCIONAIS

A análise empreendida acima tem como resultado que o termo “identidade constitucional” e expressões afins devem, no contexto brasileiro, ser interpretados como uma referência a decisões concretas sobre um conjunto de temas – definidores do próprio conceito de constituição – tomadas no momento constituinte. Ou seja, devem ser interpretados como sinônimos da “constituição em sentido positivo” de Carl Schmitt. Nesta seção, busco argumentar que esse conceito não é capaz de justificar a imposição de limites implícitos ao poder de reforma constitucional.

4.1. Uma Identidade Congelada?

A ideia de “identidade” aplicada a constituições³⁶ sugere uma analogia com identidades pessoais ou de grupos, porque costumamos empregá-lo, no cotidiano e em discussões filosóficas, como referência a uma compreensão de nós mesmos enquanto pessoas e integrantes de certas comunidades (Taylor, 1995, p. 225). É preciso cuidado para não transpor indiscriminadamente elementos desses outros debates para a discussão constitucional. Contudo, algumas percepções de análises sobre “identidade” nesses outros âmbitos – especialmente sobre sua relação com noções de autonomia, estabilidade e mudança – sugerem ideias pertinentes para o debate jurídico-constitucional.

Christine Korsgaard (2009, p. 35-44), por exemplo, propõe que a identidade de uma pessoa consiste em uma espécie de atividade de contínua autoconstituição. Ser

³⁶ É de se notar que, no caso de constituições, tal expressão, em geral, é empregada com o mesmo sentido de “estrutura básica” ou “espírito da constituição”. O primeiro foi utilizado, originalmente, pela Suprema Corte da Índia e, posteriormente, difundido pelo mundo. Ver Conrad (2003) e Roznai (2017, p. 47–69). Este termo é mais próximo da concepção rígida de identidade constitucional esboçada acima. O segundo consta na constituição da Noruega (art. 121). Ver Conrad (1999, p. 50 e ss.) e Gözler (1997). Esse termo, por sua vez, tem mais afinidade com o modelo flexível de identidade. Cf. seção 3 acima.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

alguém significa fazer-se alguém. Não é algo estático, uma essência que existe independentemente de nossas ações. No caso de pessoas, essa ideia se associa à percepção de que somos racionais e, portanto, capazes de identificar certos bens, i.e., estabelecer propósitos para nossas vidas. Ademais, somos livres para perseguir estes propósitos. Nossas ações visam a concretizá-los.

Esses propósitos tampouco são estáticos ou eternamente fixos e delimitados. Justamente por sermos racionais, novos argumentos, informações e ideias podem nos indicar que aquilo que víamos como um bem talvez não seja assim tão digno de ser perseguido ou que, em vista de outros bens, deve ser deixado de lado. Pode-se dizer, então, que, por estarmos continuamente constituindo a nós mesmos, i.e., definindo nossa identidade, esta tem uma natureza dinâmica – e é bom que seja assim.

Paralelamente, quando tratamos de comunidades, uma das armadilhas a ser evitada é a “essencialização”, i.e., tomar certos elementos, por nós identificados, como traços definidores, permanentes e incontroversos de certa comunidade. No caso de “culturas”, por exemplo, é importante observar que elas são essencialmente históricas e estão em constante transformação. Pode-se dizer, inclusive, que “uma cultura é feita através de mudança; ela não é definida por uma essência que existe para além de mudança, um noumenon escondido atrás de configurações cambiantes de fenômenos” (Modood, 1998, p. 382). Embora sejamos, em certo sentido, condicionados a criar “estereótipos” para lidar com fatos do mundo e possibilitar a tomada de decisão, esse fenômeno opera no plano daquilo que não articulamos racionalmente. Não é perspectiva justificável quando nos colocamos na posição de alguém que busca compreender determinada comunidade.

Então, se podemos falar em uma “identidade coletiva” de determinada comunidade, é preciso reconhecer que – como no caso das pessoas – tal identidade não deve ser entendida como algo estático. Podemos entendê-la como algo relativamente homogêneo se a considerarmos fundada nas práticas dominantes na comunidade. Mas, ainda assim, não podemos vê-la como um bloco monolítico e impermeável a visões divergentes. Em certo sentido, é apenas se reconhecermos esse fato que podemos falar em progresso social e moral. As práticas de determinada

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

comunidade podem mudar e evoluir a partir de críticas internas feitas pelas próprias pessoas inseridas naquele grupo.

A pergunta que se coloca, então, é: por que deveríamos tratar a “identidade” de uma constituição como algo monolítico ou imutável? Identificar uma identidade constitucional não basta, por si só, para justificar a impossibilidade de alterá-la. Na verdade, em linha com a discussão acima, parece sugerir exatamente o oposto: identidade é algo dinâmico, em constante transformação e sempre passível de crítica.³⁷

Por outro lado, talvez haja boas razões para defender que, no caso de uma constituição, o raciocínio deve ser diverso. Como indicado ao longo deste artigo, parte da literatura constitucional segue este caminho. Os principais argumentos em favor dessa posição decorrem de uma compreensão amplamente difundida – ainda que nem sempre articulada expressamente – sobre o processo constituinte e sua relação com o texto constitucional e, embora formulados ostensivamente em termos técnico-jurídicos, sua fundamentação encontra-se no campo da legitimidade.

Dois problemas associados a esse tipo de abordagem – a discrepância entre aspirações normativas e a distribuição positiva de competências e as fragilidades da concepção de poder constituinte que a embasa – são analisados nas próximas subseções. Conjuntamente, eles dão mais peso ao argumento de que o conceito de identidade constitucional não é apto para fundamentar a imposição de limites implícitos extensos ao poder de reforma.

4.2. O Escopo de um Poder entre Legalidade e Legitimidade

Como indicado acima, o argumento propriamente jurídico sobre a limitação do poder de reforma constitucional – que o toma como um poder “constituído”, inferior, portanto, ao poder constituinte, na medida em que opera como delegado deste – é ancorado em um argumento sobre legitimidade. Duas defesas recentes e relevantes de

³⁷ Essa ideia é reforçada se se entende que o ponto de uma constituição é instituir um autogoverno coletivo, i.e., permitir a autodeterminação de uma comunidade política. O conceito paralelo, no plano individual, é o de autonomia.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

limites implícitos substantivos, apresentadas por Joel Colón-Ríos (2012) e Yaniv Roznai (2017), baseiam-se em argumentos deste tipo.

Um primeiro aspecto a ser esclarecido neste passo diz respeito ao próprio conceito de legitimidade. Por razões de escopo e espaço, não é possível apresentar uma explicação muito extensa do conceito neste artigo. Adoto, então – em linha com as ideias aqui apresentadas e de forma aparentemente compatível, em princípio, com a tese de Yaniv Roznai³⁸ –, a ideia de “legitimidade” como possibilidade de justificação (“justificabilidade”) combinada à justificação efetiva. Aplicada ao exercício do poder estatal, esta concepção implica que poder legítimo é poder justificável e justificado perante todas as pessoas a ele sujeitas ou por ele afetadas.³⁹

Roznai concebe a legitimidade como uma escala, em que decisões podem ser mais ou menos legítimas, não simplesmente legítimas ou ilegítimas. Essa ideia é associada por ele a uma outra escala, que se refere à amplitude de um poder (de criação de normas).⁴⁰ Nessa lógica, quanto mais legítimo um poder, maior sua liberdade de atuação. No contexto da reforma constitucional, isso significaria que poderes mais legítimos podem operar mudanças mais fundamentais.

Formulada em abstrato e como um argumento normativo, essa proposição tem bastante apelo: é desejável que decisões que intervenham de forma mais incisiva na vida das pessoas ou que envolvam aspectos mais fundamentais da vida comum sejam

³⁸ Colón-Ríos (2012, cap. 6), por sua vez, adota um conceito diverso de legitimidade, que a associa à fundação de uma ordem jurídico-política e é, explicitamente, separado da ideia de “justificação”. Nesse caso, uma ordem política apenas é legítima se criada de forma adequada. Ao que parece, toda a história política posterior é irrelevante para fins de legitimidade; a fundamentação de um regime político nesse momento posterior refere-se ao conceito de “justificação”. Na teoria de Colón-Ríos, a legitimidade democrática exige, além de uma fundação democrática, a abertura a possibilidades de reconstituição da ordem jurídico-política. O argumento que desenvolvo na sequência aplica-se, também, à tese de Colón-Ríos apenas na medida em que ela também se funda no caráter alegadamente mais democrático do poder constituinte em relação aos poderes constituídos – ainda que isso não seja expresso em termos de “legitimidade”. Uma crítica mais específica à sua teoria, porém, demandaria uma elaboração que, por razões de espaço, não pode ser feita aqui.

³⁹ A noção de legitimidade com a qual trabalho aqui é inspirada nas ideias de Forst (2018, introdução). Ela pode ser concebida como composta por um elemento procedimental (exigência de procedimentos imparciais para tomada de decisão) e um elemento substantivo (exigência de decisões justas).

⁴⁰ Que poderia, talvez, ser chamado “poder deôntico”, como indica Bernal (2019).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

dotadas de maior legitimidade.⁴¹⁻⁴² Quando buscamos torná-la mais concreta, porém, começam a surgir algumas dificuldades, que dizem respeito à categorização imposta pelo direito positivo. Essas dificuldades dizem respeito a pelo menos dois elementos: a precisão com que é possível “medir” a legitimidade de um poder; e os critérios jurídico-positivos para que uma medida valha como emenda constitucional.

Quanto ao primeiro aspecto, embora pareça fazer sentido falar, em abstrato, de decisões mais ou menos “legítimas”, não está claro como essa métrica pode ser operacionalizada. Devemos considerar, como parece ser sugerido por Roznai, a “dificuldade” para instituir determinada norma? Se sim, como esta deve ser medida? O quórum de aprovação pode ser uma métrica, mas não é evidente que um processo que exige voto favorável de uma maioria de 2/3 dos membros de um parlamento seja mais difícil que um processo que exige apenas 3/5. Além disso, o mesmo processo pode implicar dificuldades maiores ou menores a depender de uma série de fatores, como a cultura política de determinada comunidade (procedimentos iguais podem implicar “dificuldade” diferente em contextos diversos), o momento em que determinada decisão é proposta e o próprio conteúdo da proposta.

Para explicar a segunda dificuldade, podemos recorrer à distinção entre justificar uma prática e justificar uma ação realizada dentro de uma prática (Rawls, 1955). Podemos entender por prática “qualquer forma de atividade especificada por um sistema de regras que define posições,⁴³ papéis, movimentos, penalidades, defesas etc. e que dá à atividade sua estrutura” (Rawls, 1955, p. 3). O direito, nesses termos, é uma espécie de prática. As regras que o formam dão os critérios que permitem que se aja dentro desse campo e que se avalie (classifique) as ações realizadas.

⁴¹ Ele também é convincente no que diz respeito à postura que um tribunal deve assumir perante uma emenda constitucional, que varia em função do grau de legitimidade do processo empregado para adotá-la.

⁴² Por outro lado, a argumentação apresentada na sequência parece sugerir que as categorias “legítimo/ilegítimo” não são aplicáveis a poderes jurídicos existentes dentro de regimes constituídos, mas apenas ao regime em si. Não é necessário atentar a esse ponto, porque ele confirma o argumento do texto, apenas de modo que não assume as premissas de Roznai.

⁴³ Empreguei a ideia de “posições” para traduzir a expressão “offices”, para compreender práticas em que seria pouco convencional dizer que alguém tem um “cargo” – como, para usar um exemplo do próprio Rawls, a prática de fazer promessas.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

O ato de emendar uma constituição é uma conduta conceituada à luz das regras de determinada ordem jurídica. Ela se justifica, portanto, com referência a essas regras. Ao emendar uma constituição não é necessário, ao menos não em princípio, responder à questão sobre se a prática que contém a regra de emenda à qual se está recorrendo é, ela mesma, justificada. Caso a regra de emenda seja tida como inadequada ou como mecanismo para promover decisões ilegítimas ou arbitrárias, pode-se criticá-la e sugerir sua substituição, mas não argumentar que decisões tomadas com referência a ela são inválidas.

Em um plano mais concreto: claramente, é desejável atribuir um âmbito de atuação mais amplo a um poder que seja mais legítimo, mas, dentro de uma ordem jurídica positiva, não é, necessariamente, isso que ocorre. Uma boa constituição, que se preocupe em garantir que o poder seja legitimamente exercido, tende a organizar-se de modo que haja correspondência entre o escopo de uma competência e a legitimidade do procedimento decisório. Mas, mais uma vez, não é necessário que seja assim. O argumento de que a distribuição de poderes em determinado arranjo constitucional deveria, idealmente, corresponder a esse modelo não implica a possibilidade de deduzir que ela efetivamente é assim. Tampouco justifica que ela seja considerada inválida.

Ainda que se admita um aspecto “ideal” ou “normativo” como parte do direito, não é necessário concluir que a simples desconformidade com esse ideal implicaria a inaplicabilidade de uma norma positivamente estabelecida. Na verdade, o argumento aqui corresponde exatamente à constatação de que, mesmo que contenha um elemento ideal, o direito tem, também, inevitavelmente, uma dimensão “factual” ou “institucional”, que corresponde a decisões efetivamente tomadas por uma pessoa ou instituição com poderes para tanto.⁴⁴

Em outras palavras, quando competências são positivamente distribuídas pelo texto constitucional, essa distribuição passa a ser, em si – ao menos em um contexto no qual a constituição seja dotada de alguma efetividade – uma razão para que se a

⁴⁴ Cf. Alexy (1999), Radbruch (1946).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

obedeça. Esse é o caso das normas que estruturam o procedimento de emenda à constituição e, eventualmente, lhe impõem limites. E por mais que constituições se proponham a limitar o exercício do poder, elas também visam a estabelecer uma determinada forma de exercício desse poder – uma democracia.⁴⁵ Assim, o argumento de que não pode haver poderes ilimitados em um regime constitucional – que integra teorias do poder constituinte como as de Schmitt e Roznai e os leva a identificar limites ao poder de emenda – deve ser construído de forma compatível com a forma mais democrática possível de exercício de poder dentro dos limites delineados pela própria constituição.⁴⁶

Por essa razão, um argumento fundado na legitimidade dos poderes constituinte e de reforma, vinculada a uma escala ideal de amplitude do poder de emenda não é suficiente para justificar, sozinho, a imposição de limites substantivos implícitos ao poder de emenda.

4.3. Poder Constituinte e a Justificação da Ordem Constitucional

Argumentos como o de Roznai e o de Colón-Ríos deparam-se, também, com um problema mais fundamental. Como observado acima, suas posições dependem de uma distinção formal entre poder constituinte e poderes constituídos, que é, porém, preenchida com recurso a um argumento de legitimidade: o poder constituinte é mais legítimo, logo, mais amplo. Mais que isso, suas concepções de poder constituinte fazem com que toda a legitimidade da ordem jurídica dependa de um ato de vontade, da criação de uma norma superior que determina todo o resto do sistema.⁴⁷

⁴⁵ Implícita, aqui, está a premissa de que limitação de poder e construção de uma democracia são elementos constitutivos de uma constituição e que para que algo se proponha a sê-lo, deve incorporar esses elementos (mesmo que não tenham efetividade na prática).

⁴⁶ Nessa interpretação, “limites implícitos” ao poder de emenda devem se restringir a um limiar mínimo, apenas à própria manutenção de um regime constitucional – i.e., seriam vedadas emendas que eliminassem as limitações ao poder estatal ou que suprimissem a democracia. Esse tipo de mudança é contrário ao próprio sentido da prática constitucional.

⁴⁷ Isso dá origem a noções de constituição e direito constitucional também problemáticas, porque pensadas estritamente em termos de delegação e, assim, como dependentes de algo ou alguém que lhes dê autoridade. Cf. Dyzenhaus (2016, p. 24 e *passim*).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

A constituição é entendida como obrigatória, porque institucionalizada por uma decisão do povo. Mas a decisão, enquanto decisão, é apenas um fato: ela não tem normatividade, não se encontra no plano da justificação (Duke, 2020). É preciso incorporar à imagem do processo constituinte outros elementos – por exemplo, a tomada de decisão democrática: não a mera decisão, mas uma decisão condizente com certos parâmetros normativos é que pode ser considerada legítima. Mas ao constatarmos essas exigências normativas, inevitavelmente temos de nos perguntar por que elas seriam aplicáveis apenas ao momento de institucionalização da ordem constitucional, mas não à própria ordem institucionalizada.

Não parece fazer sentido argumentar, por exemplo, que uma ordem autoritária ou extremamente injusta instituída por uma decisão democrática é legítima apenas por ter sido instituída democraticamente. Isso sugere que a legitimidade de uma ordem constitucional depende de outros fatores além de sua criação. Em outras palavras, o poder constituinte não é a (única) fonte de legitimidade de uma ordem constitucional.⁴⁸ Portanto, mesmo se o argumento de que a legitimidade de um poder define sua amplitude fosse válido a despeito de decisões positivas sobre a distribuição de competência – argumento rejeitado na última subseção – é errado supor que um “poder constituinte” é, necessariamente, mais legítimo que qualquer outro poder.

Isso fica visível também no caso da institucionalização de uma democracia. O fato de o processo constituinte ter sido democrático é muito menos significativo para alguém que não teve possibilidade de eleger representantes para uma assembleia constituinte, ou votar em uma ratificação do texto ou mesmo participar de qualquer debate a respeito, por exemplo, por não ter ainda nascido no momento constituinte. Se a autoridade do direito e da constituição dependessem exclusiva ou primariamente do poder constituinte, passadas algumas décadas – ou séculos – da promulgação do texto, não haveria mais boas razões para obedecê-lo.

⁴⁸ Se essa interpretação deixa algum espaço para o conceito de poder constituinte ou o torna prescindível – como argumenta, por exemplo, Dyzenhaus (2007, 2012) – é outra questão. Se lhe restar algum espaço, contudo, parece que ele deve funcionar mais como algo a ser legitimado do que como uma fonte de legitimidade em si mesmo. Cf. Köpcke (2022).



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

Em síntese, um “poder constituinte” tem, na melhor das hipóteses e sujeito a várias qualificações, uma força legitimadora limitada. Com isso, perdem força os argumentos que adotam uma concepção “forte” de poder constituinte – colocando-o ostensivamente como fundamento de legitimidade da ordem constitucional –, a fim de legitimar limites implícitos ao poder de reforma.⁴⁹ A sugestão feita acima, de que a legitimidade de uma ordem constitucional depende de seu caráter democrático, por sua vez, sugere que esses limites devem ser mínimos. E com isso retorna-se ao argumento desenvolvido acima, sobre o caráter dinâmico e aberto de uma constituição.⁵⁰

5 CONCLUSÃO: POSSIBILIDADES DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

Neste artigo, busquei analisar e desenvolver o discurso construído em torno do conceito de “identidade da constituição” no contexto brasileiro e avaliar a possibilidade de empregá-lo para justificar a imposição de limites implícitos ao poder de reforma constitucional. Argumentei que, embora seja possível identificar elementos mais ou menos importantes em uma constituição e até falar de forma coerente sobre uma identidade constitucional, esse conceito não é adequado para justificar a imposição de limites desse tipo.

A rejeição da possibilidade de fundar limites implícitos em “princípios constitucionais fundamentais” – na identidade da constituição – não torna esse conceito, necessariamente, irrelevante. É possível identificar, em um texto constitucional, elementos mais ou menos importantes. Mesmo que o momento constituinte não seja concebido como um evento idealizado e capaz de, por si só, legitimar toda a trajetória constitucional posterior, é importante refletir sobre por que certas decisões sobre aspectos fundamentais para a organização do poder em determinada comunidade política foram tomadas – por que se escolheu garantir e proteger certos direitos? Por que determinada forma de governo em detrimento de

⁴⁹ Os limites explícitos não estão expostos a essa crítica na medida em que têm sua legitimidade vinculada à da constituição em si e esta, como vimos, não depende exclusiva nem primariamente do poder constituinte.

⁵⁰ Ver tópico 4.1.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

outras? Por que um tipo de organização que considera todas as pessoas iguais em vez de outra em que cargos estatais são ocupados por pessoas que pertencem a determinadas famílias?

Essas são questões centrais em qualquer regime constitucional e as respostas que são a elas oferecidas determinam, em certo sentido, o caráter ou a “identidade” de uma constituição e, talvez, da própria comunidade por ela organizada. Por isso, propostas para alterá-las recomendam atenção especial e exigem que se formule boas razões para fundamentá-las. Isso, porém, não justifica que se as coloque completamente fora do alcance do debate político, porque, mais fundamental que qualquer uma dessas questões é a razão última pela qual se decide criar uma constituição: a busca pela garantia de que o poder seja exercido de forma legítima, o que, em um contexto em que a noção de “dignidade” assume papel central, passa necessariamente por alguma forma de democracia.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **Yale Journal of International Law**, [s. l.], v. 43, 2018.

ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments**. Making, Breaking, and Changing Constitutions. Oxford & New York: Oxford University Press, 2019.

ALEXY, Robert. My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason. *Em*: WINTGENS, Luc J. (org.). **The Law in Philosophical Perspectives**. Dordrecht: Springer, 1999. p. 23–45.

ARATO, Andrew. Multi-Track Constitutionalism Beyond Carl Schmitt. **Constellations**, [s. l.], v. 18, n. 3, p. 324–351, 2011.

BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no Limite do Imponderável ou Direitos Sociais como Limites ao Poder Reformador. *Em*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson de; BEDÊ, Fayga Silveira (org.). **Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 89–118.

BENVINDO, Juliano Zaiden. The new presidential regime in Brazil: constitutional dismemberment and the prospect of a crisis. *Em*: INT’L J. CONST. L. BLOG. 10 mar. 2020. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2020/03/the-new-presidential-regime-in-brazil-constitutional-dismemberment-and-the-prospects-of-a-crisis/>. Acesso

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

em: 4 ago. 2022.

BERNAL, Carlos. Criação Constitucional sem Poder Constituinte: Os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s. l.], v. 9, n. 2, p. 55–83, 2019.

BERTOTTI, Bárbara Mendonça. **(Un)Constitutional Constitutional Amendment No. 95/2016 and the Limit for Public Expenses in Brazil: Amendment or Dismemberment?**. [S. l.: s. n.], 2018.

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

CONRAD, Dieter. Basic Structure of the Constitution and Constitutional Principles. *Em*: SORABJEE, Soli J. (org.). **Law and Justice - An Anthology**. [S. l.]: Universal Law Publishing Co., 2003. p. 186–202.

CONRAD, Dieter. Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power. *Em*: LÜTT, Jürgen; SING, Mahendra (org.). **Zwischen den Traditionen. Probleme des Verfassungsrechts und der Rechtskultur in Indien und Pakistan**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1999. p. 47–85.

COOLEY, Thomas. The Power to Amend the Federal Constitution. **Michigan Law Journal**, [s. l.], v. 2, n. 4, p. 109–120, 1893.

COUTO, Cláudio; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, Governo e Democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [s. l.], v. 21, n. 61, p. 41–62, 2006.

DIXON, Rosalind. Amending Constitutional Identity. **Cardozo Law Review**, [s. l.], v. 33, p. 1847, 2011.

DUKE, George. Strong Popular Sovereignty and Constitutional Legitimacy. **European Journal of Political Theory**, [s. l.], v. 19, n. 3, p. 354–374, 2020.

DYZENHAUS, David. Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power. **Global Constitutionalism**, [s. l.], v. 1, n. 2, p. 229–260, 2012.

DYZENHAUS, David. The Idea of a Constitution. A Plea for Staatsrechtslehre. *Em*: DYZENHAUS, David; THORNBURN, Malcolm (org.). **Philosophical Foundations of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 9–32.

DYZENHAUS, David. The Politics of the Question of Constituent Power. *Em*: **The Paradox of Constitutionalism**. Constituent Power and Constitutional Form. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 129–146.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

- FERNANDES, Flávio Sátiro. **O Poder de Reforma Constitucional e Outros Estudos**. João Pessoa: João Pessoa Edições UFPB - Editora Universitária, 1981.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 2ª ed.ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- FORST, Rainer. **Justificação e Crítica**. Perspectivas de uma Teoria Crítica da Política. 1ª ed.ed. São Paulo: Editora Unesp, 2018.
- GÖZLER, Kemal. Sur la validité des limites à la révision constitutionnelle déduites de l'esprit de la constitution. **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, [s. l.], v. XXXI, p. 109–121, 1997.
- HORTA, Raul Machado. Natureza, Limitações e Tendências da Revisão Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, [s. l.], v. 78, p. 7–26, 1994.
- JACOBSON, Gary Jeffrey. **Constitutional Identity**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.
- JACOBSON, Gary Jeffrey. Constitutional Identity. **The Review of Politics**, [s. l.], v. 68, n. 3, p. 361–397, 2006.
- KÖPCKE, Maris. The beast of constituent power. *Em*: JURISPRUDENCE JOTWELL. 2 maio 2022. Disponível em: <https://juris.jotwell.com/the-beast-of-constituent-power/>. Acesso em: 5 jul. 2022.
- LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, [s. l.], v. 47, p. 189–260, 2013.
- LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Constraining Constitutional Change. **Wake Forest Law Review**, [s. l.], v. 50, p. 859–890, 2015.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2a. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder Constituinte Reformador**. 1ª ed.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MAIOLINO, Eurico Zecchin. **Limitações ao poder de reforma constitucional na Constituição Federal de 1988**. 2011. - Universidade de São Paulo, [s. l.], 2011.
- MARBURY, William L. The Limitations upon the Amending Power. **Harvard Law Review**, [s. l.], v. 33, n. 2, p. 223–235, 1919.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Limites da Revisão Constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, [s. l.], v. 21, p. 69–91, 1997.

MODOOD, Tariq. Anti-essentialism, multiculturalism, and the “recognition” of religious groups. **The Journal of Political Philosophy**, [s. l.], v. 6, n. 4, p. 378–399, 1998.

PFERSMANN, Otto. Unconstitutional constitutional amendments: a normativist approach. **Zeitschrift für Öffentliches Recht**, [s. l.], v. 67, n. 1, p. 81–113, 2012.

POLZIN, Monika. Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul. **German Law Journal**, [s. l.], v. 18, n. 7, p. 1595–1616, 2017.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. **Süddeutsche Juristen-Zeitung**, [s. l.], v. 1, n. 5, 1946.

RAWLS, John. Two Concepts of Rules. **The Philosophical Review**, [s. l.], v. 64, n. 1, p. 3–32, 1955.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, [s. l.], v. 120, p. 159–186, 1993.

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments. The limits of amendment powers**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

ROZNAI, Yaniv; KREUZ, Letícia Regina Camargo. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. **Revista de Investigações Constitucionais**, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 35–56, 2018.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1954.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”. **Cadernos de Direito**, [s. l.], v. 3, n. 5, p. 78–97, 2003.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 1ª ed.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39ª ed.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. A Fossilised Constitution? **Ratio Juris** [s.l.], v. 17, n. 4, 454-473, 2004.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p536-567>

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EDUSP, 2021.

SILVEIRA, José Néri da. A reforma constitucional e o controle de sua constitucionalidade. **Revista da AJURIS**, [s. l.], v. 64, p. 201–224, 1995.

STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of the United States**. 4th ed., wed. Boston: Little, Brown, and Company, 1873.

TAYLOR, Charles. The Politics of Recognition. *Em: PHILOSOPHICAL ARGUMENTS*. Cambridge, MA & London: Harvard University Press, 1995.

TUSHNET, Mark. How do constitutions constitute constitutional identity?. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 8, n. 3, p. 671–676, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do Compromisso Maximizador à Resiliência Constitucional. **Novos estudos**, [s. l.], v. 37, n. 3, p. 375–393, 2018.