

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS: CLÁUSULAS PÉTREAS, GRAUS DE DEFERÊNCIA AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO E DEFESA DA DEMOCRACIA EM CONTEXTOS DE RETROCESSO DEMOCRÁTICO

Ademar Borges de Sousa Filho

Doutor em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento – IDP/DF. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0037608878546602>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7816-1993>. E-mail: sousafilhoademar@gmail.com.

Resumo: O controle jurisdicional de constitucionalidade de emendas constitucionais consubstancia um importante mecanismo de defesa da democracia. Em regra, o STF deve adotar postura de autocontenção ao examinar ações diretas de inconstitucionalidade voltadas contra emendas à Constituição, limitando-se a intervir quando estiverem sob ataque os direitos e princípios básicos que estruturam a democracia e o Estado de Direito. Apesar disso, toda vez que por meio delas se pretender erodir o princípio democrático ou estabelecer graves restrições a direitos materialmente fundamentais, o STF deverá submetê-las a um controle de constitucionalidade estrito, isto é, mais rigoroso. As características da erosão democrática vivenciada nos últimos anos no Brasil – operacionalizada por um amplo conjunto de atos regulamentares, ações e omissões administrativas e práticas discursivas – sugere que a doutrina do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais deve ser atualizada e adaptada para fazer frente a essas novas fontes de ameaças autoritárias. Para tanto, o presente estudo realiza uma revisão da literatura sobre o tema do controle jurisdicional das emendas constitucionais e apoia-se no método hipotético-dedutivo, mediante a pesquisa da legislação e da jurisprudência. O trabalho também realiza um estudo de caso (pesquisa qualitativa), para demonstrar, com apoio nas evidências empíricas já encontradas pela literatura especializada, as características centrais dos processos contemporâneos de retrocesso democrático em cotejo com os resultados práticos extraídos da experiência brasileira acumulada em torno do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais. Os resultados do trabalho apontam para a necessidade de que a jurisdição constitucional brasileira esteja equipada metodologicamente para responder ao método incremental de ataque às instituições e aos direitos fundamentais verificado entre os anos de 2019 e 2022, o que sugere a necessidade de dedicar mais energia às ações constitucionais estruturais, já que estas estão mais bem adaptadas ao controle e supervisão de amplos conjuntos de práticas infralegais e informais de desmobilização das instituições democráticas, e também de empregar o arsenal teórico desenvolvido para a defesa da Constituição contra alterações formais abusivas do seu texto no enfrentamento de práticas autoritárias informais e infraconstitucionais.

Palavras-chave: Cláusulas pétreas. Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. Democracia. Direitos fundamentais. Retrocesso democrático. Legalismo autoritário.

Sumário: **1** Introdução – **2** O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil – **3** Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais a partir de

uma presunção graduada de constitucionalidade dessas normas – **4** Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais em contextos de retrocesso democrático – **5** Conclusões – Referências

1 Introdução

O tema do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais já foi objeto de importantes reflexões tanto no direito constitucional comparado como na dogmática e jurisprudência brasileiras. Há amplo consenso teórico sobre a rigorosa excepcionalidade desse controle em razão do elevado *pedigree* democrático que caracteriza as emendas constitucionais. Na prática, entretanto, um significativo número de emendas constitucionais questionadas perante o STF teve seu conteúdo invalidado ou alterado judicialmente. Nesse contexto, parece justificável um esforço adicional para parametrizar os critérios com base nos quais o controle de constitucionalidade incidente sobre as emendas constitucionais pode se intensificar ou se abrandar.

A despeito da farta literatura acerca da doutrina das limitações materiais do poder constituinte derivado e do papel da jurisdição constitucional na defesa da estrutura básica da Constituição, o presente trabalho procura desenvolver duas dimensões dessa doutrina que ainda não receberam igual atenção do direito constitucional brasileiro: (i) o estabelecimento de parâmetros mais claros e precisos que determinam a necessidade de intensificar o controle de constitucionalidade incidente sobre determinadas emendas constitucionais; e (ii) revisar os fundamentos teóricos do controle jurisdicional da constitucionalidade de emendas constitucionais a fim de responder aos atuais desafios impostos pelos processos contemporâneos de retrocesso democrático. Para tanto, o artigo apresentará, na primeira seção, a partir de revisão da literatura sobre o tema do controle jurisdicional das emendas constitucionais e baseado no método hipotético-dedutivo, uma síntese dos principais consensos teóricos e jurisprudenciais em torno do tema da inconstitucionalidade das emendas constitucionais. Na segunda e terceira seções, tais premissas serão objeto de análise crítica, com apoio em pesquisa qualitativa, voltada à racionalização da experiência brasileira de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

2 O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil

2.1 Limites materiais ao poder de emenda: a devida interpretação e aplicação das cláusulas pétreas

O poder de emendar a Constituição – que constitui exercício do poder constituinte reformador – equilibra-se entre dois imperativos aparentemente conflitantes.

De um lado, a necessidade de adaptação das normas constitucionais, cuja alteração garante que as *novas maiorias possam se autogovernar* e impede que as normas constitucionais se tornem obsoletas e ultrapassadas. De outro lado, a necessidade de permanência do chamado núcleo essencial da Constituição, a qual permite que a *identidade do texto constitucional* seja preservada.¹ A manutenção desse sensível equilíbrio requer o abandono tanto do excesso de flexibilidade das normas constitucionais quanto do excesso de rigidez.

Justamente para preservar o núcleo irreduzível que confere identidade e sentido a uma dada ordem constitucional, diversos países, inclusive o Brasil, embora tenham previsto a possibilidade de emendas constitucionais, estabeleceram, ao mesmo tempo, limites materiais ao poder de reforma de modo expresso em seus textos constitucionais. Isto é, definiram que alguns preceitos constitucionais simplesmente não são passíveis de emenda. Trata-se das denominadas *cláusulas pétreas*, também conhecidas como cláusulas imutáveis, eternas ou de perpetuidade.² Tais cláusulas garantem elevadíssima proteção a determinados conteúdos previstos na Constituição, criando verdadeiro bloqueio à mudança.³ Em relação a tais preceitos, as novas gerações ficam de “mãos atadas” – salvo mediante manifestação do poder constituinte originário.

Embora no direito comparado as cláusulas pétreas sirvam aos mais diversos propósitos, seu uso é mais relevante quando se destinam a salvaguardar o conjunto de elementos essenciais e estruturantes da ordem constitucional (a identidade constitucional). Nessa situação, elas funcionam como instrumento de perenização de pré-compromissos,⁴ o que assegura que o poder de emenda não será empregado pelos detentores de poder político de ocasião para subverter valores centrais de um determinado regime democrático constitucional.⁵

No Brasil, o art. 60, §4º, da Constituição veicula um rol bastante amplo de cláusulas pétreas: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”. Da leitura desse dispositivo, verifica-se que o elenco de cláusulas pétreas da

¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. As Constituições Latino-americanas entre a Vida e a Morte: Possibilidades e Limites do Poder de Emenda. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 19-52, 2019.

² ROZNAI, Yaniv. Unamendability and the Genetic Code of the Constitution. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 27, n. 2, p. 775-825, 2015.

³ ROZNAI, Yaniv, *op. cit.*

⁴ ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. New York: Cambridge University Press, 1984.

⁵ ROZNAI, Yaniv, *op. cit.*

Carta de 1988 é constituído, predominantemente, por princípios, a exemplo dos *direitos e garantias individuais*.⁶

Como se sabe, a diferenciação entre regras e princípios possui repercussões estruturais no modo de aplicação dessas normas. As regras – “determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível”⁷ – devem ser aplicadas de forma estrita, segundo a lógica do *tudo* ou *nada* ou por mera subsunção. Já os princípios – “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”⁸ – podem ser aplicados em graus variados, por meio da técnica da ponderação. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “o principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem”.⁹ Para ele, “no caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou se impõem deveres) *prima facie*”.¹⁰ Essa incidência *prima facie* implica que a aplicação definitiva dos princípios está condicionada à consideração de todas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes em cada caso concreto.

A distinção qualitativa entre *regras* e *princípios* supõe uma forma de aplicação e também de solução de conflitos normativos típicas para cada um desses tipos de normas: regras são aplicadas por subsunção e princípios por sopesamento ou ponderação. As regras não admitem aplicação gradual, de modo que se duas regras estabelecerem consequências jurídicas antagônicas, uma delas deverá ser tida como inválida. A não aplicação de uma regra depende da demonstração de que ela é inválida ou de que a situação fática não enseja a sua aplicação. Na colisão de princípios, ainda que um deles seja definitivamente aplicado, o outro não será declarado inválido. A validade do princípio não fica comprometida pela sua não realização definitiva, que está sempre condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas. Um princípio tem precedência condicionada – apenas em determinadas condições fáticas e jurídicas – sobre o outro, de acordo com um raciocínio (sopesamento) destinado a verificar qual deles tem maior peso no caso concreto.¹¹

⁶ Cf., sobre o tema, NOVELLI, Flavio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2º, p. 2, da EC nº 3/93. *Revista Forense*, v. 199, n. 1, p. 21-57, jan./mar.1995; e SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. *Direito Público*, v.1, n. 2, p. 5-35, 2003.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

⁸ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 90.

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da, *op. cit.*

¹¹ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 92 e ss.

Considerada essa breve exposição sobre a distinção entre princípios e regras, torna-se evidente que o caráter preponderantemente principiológico das cláusulas pétreas previstas na Constituição de 1988 tem uma razão de ser: evita-se, com isso, dois riscos fundamentais inerentes à petrificação de conteúdos constitucionais.¹² O *primeiro* é o *risco antidemocrático*, já que ao tornar determinados conteúdos imutáveis, impede-se o autogoverno de novas maiorias, formadas após a edição da Constituição.¹³ O *segundo* é o *risco de instabilidade*, uma vez que, ao interditar a mudança pela via institucional (reforma constitucional), resta apenas o caminho da ruptura, até mesmo pela substituição integral da Constituição.¹⁴

Portanto, sempre que as cláusulas pétreas constituírem princípios, e não regras, sua aplicação estará sujeita ao sopesamento ou ponderação, o que garante um maior espaço de conformação para preenchimento e interpretação pelas maiorias. Esse espaço de conformação é, no caso brasileiro, amplificado pela própria redação do art. 60, §4º, que exige para a violação da cláusula pétrea conteúdo “tendente a abolir” as cláusulas protegidas pela intangibilidade. Tal locução tem sido interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina como veiculando a possibilidade de alterações via emenda dos princípios protegidos, sob condição de remanescer ileso e incólume o seu núcleo essencial.¹⁵ Nessa linha, o Min. Sepúlveda Pertence advertiu:

as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.¹⁶

¹² A vagueza das cláusulas pétreas é o que permite reconhecer um espaço para a deliberação pública e política sobre seu sentido. O caráter aberto dessas cláusulas é uma garantia do diálogo institucional acerca do seu significado. Cf. ABRAHAM, Mathew. Judicial Role in Constitutional Amendment in India: The Basic Structure Doctrine. In: ANDENAS, Mads (Ed.). *The Creation and Amendment of Constitutional Norms*. London: BIICL, 2000.

¹³ É por essa razão, aliás, que a doutrina tem enfatizado que a dificuldade contramajoritária que se faz presente no âmbito do controle de constitucionalidade das leis em geral se acentua quando tal controle incide sobre reformas constitucionais. Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 283.

¹⁴ A propósito desse risco de instabilidade, assentou o Min. Sepúlveda Pertence: “Convém não olvidar que, no ponto, uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias ou dar pretexto à fácil tentação de golpes de Estado” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 23.047. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça*: 14/11/2003).

¹⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline, *op. cit.*

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.024. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça*: 01/12/2000. Em igual sentido, o Ministro Teori Zavascki defendeu que “[a]bolir significa, eliminar, extinguir, revogar, anular, suprimir. Daí o entendimento de que emenda constitucional tendente a abolir os princípios e institutos a que se refere §4º do art.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso e Aline Osorio defendem que “as cláusulas pétreas devem ser interpretadas como proibição de supressão do núcleo de sentido dos princípios que consagram, não como a eternização de determinadas possibilidades contidas em sua área não-nuclear”, uma vez que “[e]ntendimento diverso representaria sufocar o espaço de conformação reservado à deliberação democrática, e engessar o texto constitucional, impedindo sua adaptação a novas demandas sociais legítimas, o que obrigaria à convocação repetida e desestabilizadora do poder constituinte originário”.¹⁷

Do *risco antidemocrático* das cláusulas pétreas também se extrai outra consequência: a de sua necessária *interpretação estrita*.¹⁸ A respeito dessa diretriz, a Comissão Europeia para a Democracia através do Direito (Comissão de Veneza) considera que a imutabilidade de normas constitucionais é um instrumento potencialmente controverso, de modo que deve ser aplicado com cautela e sempre de forma restritiva.¹⁹ De modo semelhante, Luís Roberto Barroso e Aline Osorio defendem a necessidade de interpretação restritiva das cláusulas pétreas, considerando que “interpretação ampliativa das limitações materiais ao poder de reforma poderia (...) esvaziar o princípio democrático”.²⁰ Daí a precisa advertência do Min. Teori Zavascki no sentido de que “engessar a Constituição mais que o necessário, ampliando os domínios das suas cláusulas pétreas, significa, no mínimo, operar para o seu descrédito a curto prazo, e, a longo prazo, para o seu integral comprometimento”.²¹

2.2 Controle de constitucionalidade de emendas por violação a cláusula pétrea

Apesar de o controle jurisdicional da constitucionalidade de emendas constitucionais não ser uma característica essencial do constitucionalismo contemporâneo,

60 da Constituição é a que os atinge em seus alicerces fundamentais e estruturantes, ou seja, em seu ‘núcleo essencial’” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357. Redator para Acórdão: Ministro Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*: 26/09/2014).

¹⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline, *op. cit.*

¹⁸ O parâmetro da interpretação estrita aplicável aos princípios que instituem cláusulas pétrea sequer constitui, a rigor, verdadeira interpretação restritiva, que se dá quando o significado atribuído à lei é mais restrito do que aquele que resulta das possibilidades semânticas do texto. Mais apropriado seria falar em interpretação estrita, que ocorre quando se busca atribuir ao texto normativo o exato significado que decorre de sua estrutura gramatical e semântica. Cf., a propósito, o clássico GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 270 e ss.

¹⁹ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission). *Report on Constitutional Amendment*. Veneza, 2009, itens 218 e 220.

²⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline, *op. cit.*

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para Acórdão: Ministro Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*: 26/09/2014.

esse instrumento de proteção reforçada da Constituição tem se tornado cada vez mais comum nos mais diversos quadrantes. De fato, nem a existência de cláusulas pétreas, nem a revisão judicial sobre as emendas constitucionais podem ser consideradas exigências do regime democrático. Entretanto, há uma clara tendência global de combinar esses dois elementos para afirmar a viabilidade do controle jurisdicional da constitucionalidade de emendas constitucionais.²² Mais da metade das Constituições promulgadas entre 1989 e 2015 registram cláusulas pétreas expressas.²³ Um outro conjunto expressivo de países – e.g., Colômbia, Peru, Costa Rica, Índia, Paquistão – tem construído a ideia de cláusulas pétreas implícitas derivadas da compreensão de que o poder de emendar a Constituição não pode ser usado para destruir os seus princípios básicos.²⁴ E mesmo países que contam com cláusulas pétreas expressas as interpretaram em conformidade com uma visão mais ampla de limitação do poder constituinte baseada em noções como de “identidade constitucional” ou “valores supremos da Constituição”.²⁵

No Brasil, a jurisprudência do STF extraiu da existência de cláusulas pétreas a possibilidade de que emendas constitucionais sejam declaradas inconstitucionais, por violação a esses preceitos especialmente protegidos.²⁶ Essa construção jurisprudencial brasileira se consolidou no cenário nacional sem maiores questionamentos, seja por parte dos Ministros do STF, seja por parte da doutrina.²⁷ A questão passou a ser debatida não mais a partir da existência ou não de um controle jurisdicional sobre a constitucionalidade das emendas, mas sobre seus limites em face do princípio democrático.

O desenvolvimento da doutrina do controle jurisdicional dos limites do poder constituinte derivado está intimamente relacionado com o clássico debate acerca do papel da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas. É conhecida a ideia de que as mais variadas propostas de fixação de limites funcionais à jurisdição constitucional passam necessariamente pela tentativa de equilibrar *democracia* (a vida política da sociedade emana de procedimentos de deliberação realizados por

²² Cf. ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, v. 61, n. 3, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2297734>. Acesso em: 6 jan. 2022.

²³ Cf. ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 20-21.

²⁴ ROZNAI, Yaniv, 2017, *op. cit.*, p. 39-70.

²⁵ Foi o que decidiu, por exemplo, no seguinte precedente: ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentenza nº 1146/1988. Redator: Antonio Baldassarre.

²⁶ Cf. MENDES, Conrado Hübner. Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court. *Florida Journal of International Law*, v. 17, n. 3, p. 449-461, dez. 2005.

²⁷ Cf. PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo STF: crônica de jurisprudência. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 1, n. 1, p. 135-151, 2003.

instituições representativas) e *constitucionalismo* (todos os Poderes se submetem à Constituição e devem garantir os direitos fundamentais).

Sem desprezar a complexidade do longo e sofisticado debate acerca do papel da jurisdição constitucional, há relativo consenso em torno de algumas premissas básicas. Em primeiro lugar, a jurisdição constitucional contemporânea tem como objetivo central a proteção do regime democrático e seus fundamentos, entre os quais, sem dúvida, se situam os *direitos materialmente fundamentais*, o que permite reconciliar, ao menos como ideal regulativo, o *constitucionalismo* e a própria *democracia*.²⁸ Em segundo lugar, embora haja diversas compreensões sobre quais direitos constituem condições para a proteção do ideal democrático, o respeito à dignidade humana constitui um pilar de qualquer projeto democrático que tenha o ser humano como fundamento da própria existência do Estado (e, portanto, das Constituições).²⁹ Disso se conclui que cabe à jurisdição constitucional garantir o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana e, assim, contribuir para a manutenção das condições de realização do projeto democrático.³⁰

A partir dessas premissas, pode-se indagar sobre a relação entre a existência de cláusulas pétreas e o controle de constitucionalidade material de emendas à Constituição. As emendas constitucionais são aprovadas por maiorias qualificadas e com procedimento de aprovação mais dificultoso, de modo a garantir a rigidez da Constituição e a preservação do seu conteúdo contra alterações por maiorias ocasionais. Nesse sentido, as emendas constitucionais gozam de elevado *pedigree* democrático e presunção de constitucionalidade. Isso significa que as cortes constitucionais devem ser, via de regra, bastante autocontidas no controle de constitucionalidade de emendas, para que essa competência possa se compatibilizar com o princípio democrático.

²⁸ Essas formulações teóricas que buscam reconciliar direitos fundamentais e democracia estão baseadas em versões mais substanciais ou espessas de democracia, contexto em que ganha destaque a teoria democrático-deliberativa, que exige garantia de um rol relativamente extenso de direitos fundamentais (e.g., direitos sociais básicos, liberdades comunicativas e participativas) como condição para a existência da democracia. Esse aspecto da democracia deliberativa é especialmente enfatizado por GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

²⁹ Essas dimensões da dignidade humana estão presentes na tese defendida por SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. O tema ganhou mais relevância e maior grau de sistematização no Brasil a partir da conhecida obra de BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

³⁰ Sobre o tema, cf., entre outros, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (Coord.). *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, v. 1.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, admite, sem grande controvérsia e de longa data, o controle de constitucionalidade de emendas à Constituição, tanto sob o aspecto formal quanto sob o aspecto material, por violação a cláusulas pétreas. Trata-se de compreensão indisputável, fixada desde o julgamento do HC 18.178, em 1926,³¹ e reafirmada inúmeras vezes sob a vigência da Constituição de 1988, sendo a primeira no julgamento de ações diretas contra a EC nº 2/1992 que promoveu a antecipação da data do plebiscito sobre a forma e o sistema de governo.³²

Sobre o tema, há, entre nós, relativo consenso no sentido de que se trata de competência a ser exercida com grande comedimento e apenas em casos excepcionais. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, “o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais tem caráter excepcional e exige inequívoca afronta a alguma cláusula pétrea da Constituição”.³³ Como advertiu o Ministro Sepúlveda Pertence, o parâmetro de aferição da constitucionalidade das emendas constitucionais é “estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma”.³⁴

Com base nessas ideias, é possível fixar algumas premissas que orientam o controle de constitucionalidade de emendas à Constituição. *Em primeiro lugar*, as cláusulas pétreas não bloqueiam qualquer tipo de alteração aos princípios protegidos, mas apenas aquelas que atinjam o seu núcleo essencial, devendo, em todo caso, ser interpretadas de forma estrita, já que constituem limitação ao princípio democrático. *Em segundo lugar*, a cláusula pétrea dos “direitos e garantias individuais” deve ser interpretada como equivalente ao conjunto de *direitos materialmente fundamentais*, que são aqueles que representam concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, no exercício do controle de constitucionalidade de emendas à Constituição por violação a cláusulas pétreas, as cortes constitucionais devem ser autocontidas, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade das emendas em casos excepcionais quando houver patente violação ao núcleo essencial de cláusula pétrea.³⁵

³¹ BRANDÃO, Rodrigo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, §4º, IV da CF/88. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, v. 1, n. 10, abr./maio/jun. 2007.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 829, 830 e 831. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça*: 16/09/1994.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 34.448. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*: 31/03/2017.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança nº 24.875. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça*: 06/10/2006.

³⁵ Nas palavras do Ministro Teori Zavaski, “é preciso cautela ao definir o alcance de cada um desses dispositivos, a fim de que não se incorra na impropriedade de, ampliando-os além dos limites que o constituinte originário definiu, negar efetividade ao próprio mecanismo de reforma e, portanto, à possibilidade

2.3 O conteúdo da cláusula pétrea dos “direitos e garantias individuais”

Em geral, as cláusulas pétreas expressamente consagradas pela Constituição de 1988 possuem caráter principiológico,³⁶ o que lhes confere suficiente flexibilidade para permitir atualizações constitucionais e ao mesmo tempo proteger esses conteúdos em suas dimensões essenciais. Mesmo considerando a natureza principiológica das cláusulas pétreas, cumpre indagar, especificamente, sobre a abrangência da intangibilidade conferida pela Constituição de 1988 aos “direitos e garantias individuais”, dado o seu elevado grau de abstração e alta densidade moral. O extenso rol de direitos e garantias individuais previsto na Constituição sugere extensa possibilidade de contestação de emendas constitucionais sob o argumento de violação desses direitos e garantias. Não causa surpresa, portanto, a fato de que 58% das ações de inconstitucionalidade ajuizadas contra emendas constitucionais estejam baseadas em pretensas violações a “direitos e garantias individuais”, ao passo que as alegações de violação aos princípios da separação de poderes e da federação, somadas, constituem apenas 20% das ações de inconstitucionalidade dirigidas contra alterações constitucionais.³⁷ Daí a conveniência de buscar uma delimitação mais precisa do alcance da cláusula que proíbe emenda que tenda a abolir “direitos e garantias individuais”.

De um lado, o STF já assentou que referida cláusula pétrea não se restringe a direitos individuais, podendo abranger também direitos coletivos e sociais, nem se limita aos direitos *topograficamente* incluídos no Capítulo I do Título II da Constituição (relativo aos “Direitos e deveres individuais e coletivos”) ou mesmo no Título II de modo geral (relativo aos “direitos e garantias fundamentais”), podendo ser extraída de previsão contida em outros dispositivos constitucionais.³⁸ *De outro lado*, consolidou-se a ideia de que nem todo princípio incluído na Constituição deve ser intangível: como exigência imposta pelo princípio democrático, deve-se

de adaptação da carta constitucional que ele mesmo, originariamente, quis admitir” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para Acórdão: Ministro Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*: 26/09/2014).

³⁶ Refiro-me à circunstância de que a maioria das cláusulas pétreas possuem natureza principiológica pelo fato de que entendo que há direitos fundamentais que assumem estrutura de típicas regras jurídicas, como a irretroatividade da lei penal mais gravosa e a proibição de penas cruéis e degradantes. Do mesmo modo, considero que a cláusula pétrea que protege “o voto direto, secreto, universal e periódico” pode se expressar, no que diz respeito, por exemplo, à periodicidade do voto como regra jurídica, apesar da relativa indeterminação do conceito de periodicidade.

³⁷ OLIVEIRA, Fabiana; WERNECK, Diego. O Supremo Tribunal Federal e a mudança constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 36, n. 105, 2021, p. 7. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/3610506/2020>.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939. Relator: Ministro Sydney Sanches. *Diário de Justiça*: 18/03/1994.

conferir imutabilidade apenas aos *direitos materialmente fundamentais* (e, como já dito, a imutabilidade se restringe ao núcleo essencial desses direitos).

Há amplo consenso no direito constitucional e na filosofia política contemporâneos de que democracia pressupõe a garantia de certos direitos fundamentais (aos quais se atribui, nessa perspectiva, a qualidade de fundamentalidade material).³⁹ É certo que há controvérsias a respeito de quais direitos ostentariam essa especial qualificação jurídica.⁴⁰ E a delimitação da extensão e profundidade desses direitos materialmente fundamentais repercute no debate sobre o papel da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas. Em linhas gerais, a zona de confluência entre as mais diversas concepções acerca da função a ser desempenhada pela jurisdição constitucional está precisamente na ideia de que a ela incumbe a garantia do respeito aos direitos materialmente fundamentais.

No Brasil, a doutrina se orientou no sentido de afirmar que a cláusula pétreia dos “direitos e garantias individuais” deve ser interpretada como equivalente ao conjunto de *direitos materialmente fundamentais*.⁴¹ Isto é, apenas os direitos

³⁹ A propósito, há extensa tradição liberal – Bruce Ackerman, John Rawls e Ronald Dworkin – que identifica a democracia com um conjunto de procedimentos que asseguram o respeito aos direitos do indivíduo.

⁴⁰ Compartilha-se, no ponto, a posição de Rodrigo Brandão, que recusa a tese de Sarlet no sentido de que todos os direitos fundamentais sob o prisma formal também o são materialmente: “Verifica-se do exposto que o insigne Professor de Direito Constitucional da PUC/RS considera que os direitos formalmente fundamentais necessariamente também o são em sentido material, pois a admissão da existência de direitos apenas formalmente fundamentais, despidos de proteção superconstitucional, significaria tolerar que os poderes constituídos (inclusive a jurisdição constitucional) se substituíssem ao constituinte na determinação das posições jurídicas merecedoras de proteção jus fundamental, a par de correr-se ‘sério risco de eliminar ‘autênticos’ direitos fundamentais’. Em que pese à inequívoca autoridade de Ingo Sarlet, certamente um dos maiores, senão o maior especialista brasileiro na temática dos direitos fundamentais, a exegese acima sumariada não nos parece a melhor. Perscrutando o primeiro argumento, se revela, de fato, indubitável que, no bojo de uma sociedade pluralista, compete à deliberação do povo a determinação dos direitos fundamentais que lhes são aplicáveis, porquanto não se compatibiliza com o princípio democrático a atribuição a juízes-filósofos do poder de revelar o sentido oculto desses direitos, em interpretação cogente a todos, e imune ao poder deliberativo do povo e dos seus representantes. A assertiva de Sarlet não descarta, portanto, do déficit de legitimidade dos juízes para a completa liberdade na identificação dos direitos materialmente fundamentais, como corolário do princípio democrático” (BRANDÃO, Rodrigo, *op. cit.*).

⁴¹ Cláudio Pereira de Souza Neto recorda, no ponto, a doutrina construída em torno do conceito de direitos materialmente fundamentais: “A ‘fundamentalidade formal’ deriva da circunstância de a norma estar prevista no catálogo expresso de direitos fundamentais. Ocorre que nem todos os preceitos formalmente fundamentais possuem fundamentalidade material em toda a sua extensão. Sobre tudo quanto aos direitos sociais, o mais frequente é que a fundamentalidade material se restrinja ao núcleo essencial do direito, estabelecido por derivação do princípio da dignidade humana. O tema da fundamentalidade material foi assim examinado por Canotilho: ‘A ideia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Prima facie, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à Constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal, como o demonstra a tradição inglesa das Common-Law Liberties. Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materiais, mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16º/1º); (2) a

materialmente fundamentais constituem cláusula pétrea. É nesse contexto que se mostra necessário precisar o conteúdo desse plexo de direitos fundamentais especialmente protegidos pela Constituição.⁴²

Tal como sustentam Daniel Sarmento,⁴³ Oscar Vilhena Vieira⁴⁴ e Rodrigo Brandão,⁴⁵ é possível identificar os direitos materialmente fundamentais como aqueles que consubstanciem alguma dimensão do princípio da dignidade humana. De acordo com Daniel Sarmento, a dignidade da pessoa humana constitui “a fonte e fundamento de todos os direitos materialmente fundamentais”.⁴⁶ Para ele, devem ser considerados fundamentais os direitos que “representem concretizações relevantes do princípio da dignidade da pessoa humana”. Na mesma linha, Rodrigo Brandão defende que “a previsão constitucional dos direitos e garantias individuais tem por finalidade colocar prerrogativas inerentes à dignidade humana acima do poder de deliberação dos órgãos do Estado, de forma a evitar que maiorias políticas ocasionais, empolgadas com êxitos eleitorais conjunturais, coloquem em risco a sua tutela”.⁴⁷

Será materialmente fundamental, portanto, o direito que esteja abrangido por qualquer das dimensões do princípio da dignidade humana. Em síntese, o princípio da dignidade humana tem os seguintes cinco componentes: (i) “o valor intrínseco da pessoa, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas”; (ii) “a igualdade, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta”; (iii) “a autonomia, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia”; (iv) “o mínimo existencial, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna”; e (v) “o reconhecimento, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas”.⁴⁸

aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais. Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em cláusula aberta ou em princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 9, n. 43, p. 97-116, 2007).

⁴² Antes de identificar a abrangência dessa categoria, cumpre esclarecer, na esteira de Carlos Bernal Pulido, que “o direito fundamental é um todo, o feixe (Bundel) de normas de direito fundamental e posições de direito fundamental que são classificadas interpretativamente como uma disposição fundamental (R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 2006, p. 54 e seguintes e 163 e ss.). Os direitos fundamentais são direitos subjetivos com propriedades específicas” (PULIDO, Carlos Bernal, *op. cit.*, p. 387).

⁴³ Cf. SARMENTO, Daniel, *op. cit.*

⁴⁴ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 245-247.

⁴⁵ Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 204-210.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*

⁴⁷ BRANDÃO, Rodrigo, 2007, *op. cit.*

⁴⁸ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 86.

É a conexão direta com a dignidade humana e seus componentes que confere o caráter de direito fundamental e justifica a proteção reforçada conferida pela cláusula pétrea. Portanto, o art. 60, §4º, IV, quando impede alteração tendente abolir “os direitos e garantias individuais”, deve ser compreendido como proibição de alteração do núcleo essencial de direitos que concretizem a dignidade humana. Trata-se da leitura constitucionalmente adequada da cláusula de imutabilidade, pois constitui a única capaz de justificar essa fortíssima limitação à dimensão majoritária da democracia.

Como já ressaltado, o principal papel de um tribunal constitucional é o de proteger os direitos materialmente fundamentais – que expressam qualquer das dimensões da dignidade humana – e resguardar as regras do jogo democrático.⁴⁹ Da sinergia entre essas duas funções resulta a adequada delimitação do papel que o Tribunal deve desempenhar em um contexto democrático. Essa é a premissa básica sobre a qual se assenta a proposta de parametrização dos limites da jurisdição constitucional sobre as emendas constitucionais. Afinal, só faz sentido limitar o exercício do poder constituinte derivado – última trincheira da democracia para atualizar formalmente o texto constitucional – se as próprias condições para a cooperação democrática estiverem em jogo.⁵⁰ Daí porque a cláusula pétrea dos “direitos e garantias individuais” somente estará violada quando houver restrição desproporcional da área nuclear dos *direitos materialmente fundamentais*. Apenas nesses casos excepcionais, será justificada a invalidação de emenda constitucional pela jurisdição constitucional, de modo a garantir a manutenção da identidade constitucional do país, ou seja, a estrutura básica da democracia garantida pela Constituição.

3 Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais a partir de uma presunção graduada de constitucionalidade dessas normas

Como visto, no Brasil, o STF tem enfatizado que realiza um controle excepcional e deferente relativamente às emendas constitucionais. Apesar do amplo

⁴⁹ Essa é compreensão defendida, em termos gerais, por diversos autores. Cf., por todos, SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal alemán. In: FAVOREU, Louis *et al.* *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984; MARCENO, Valeria; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012.

⁵⁰ Concorde-se, no ponto, com a visão de Carlos Bernal Pulido, para quem “o conteúdo das emendas constitucionais não pode ser incompatível com o objetivo de preservar ou melhorar a democracia deliberativa. Segue-se que o conteúdo das emendas constitucionais não pode derrogar nenhum dos direitos e procedimentos constitucionais específicos que permitem ao sistema político institucionalizar uma democracia deliberativa” (PULIDO, Carlos Bernal. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, abr. 2013, p. 355).

reconhecimento de que o controle jurisdicional da legitimidade das emendas à constituição deve ser rigorosamente extraordinário, não se desenvolveu, até aqui, uma clara orientação jurisprudencial para diferenciar a intensidade do controle de constitucionalidade incidente sobre as emendas constitucionais. E a falta de parâmetros claros sobre as condições em que o controle incidente sobre as emendas deve ser intensificado ou abrandado tem deixado espaço para a adoção, por parte do STF, de uma postura facilitadora da intervenção no conteúdo das emendas constitucionais contestadas em ações de inconstitucionalidade. Como demonstrou o trabalho de Diego Werneck e Fabiana Oliveira, mais de quarenta por cento das emendas constitucionais questionadas perante o STF tiveram seu conteúdo parcial ou integralmente invalidado ou modificado pelo Tribunal.⁵¹

Além de contrariar o conhecimento convencional de absoluta excepcionalidade do controle jurisdicional das emendas constitucionais, esse quadro sugere também que a fiscalização da legitimidade das emendas constitucionais pelo STF não tem se limitado a garantir a estrutura básica do constitucionalismo democrático no país. Em verdade, o STF tem adotado, até aqui, uma postura pouco deferente ao poder constituinte derivado, o que indica certo distanciamento da jurisdição constitucional brasileira das linhas gerais desenvolvidas pelo direito comparado acerca da necessidade de circunscrever o controle jurisdicional das emendas constitucionais ao escopo limitado da preservação da estrutura fundamental da Constituição contra tentativas abusivas voltadas à desconfiguração das suas dimensões nucleares.

Defende-se, neste trabalho, que o emprego de um critério graduável para averiguação da constitucionalidade das emendas à constituição – *i.e.*, leve, moderado e forte – apresenta vantagens para a determinação do âmbito de configuração do poder constituinte derivado, pois oferece clareza em relação a *quando* e *em que temas* o Tribunal deveria submeter as alterações do texto constitucional a escrutínios mais rigorosos ou exaustivos.

A escolha do nível de intensidade de controle de constitucionalidade deve ser feita a partir da consideração de aspectos *materiais* – *i.e.*, determinação da importância dos direitos fundamentais restringidos e da intensidade das restrições – e *formais* – *i.e.*, grau de legitimidade democrática do órgão que produziu a lei, de representatividade dos grupos potencialmente afetados e da qualidade da deliberação parlamentar. Nesse sentido, quanto menos extensa for a quantidade de direitos restringidos pela emenda e quanto menor for a fundamentalidade material desses direitos, maior deverá ser a presunção de constitucionalidade da emenda constitucional. À mesma conclusão se pode chegar quando a emenda não afeta

⁵¹ Cf. OLIVEIRA, Fabiana; WERNECK, Diego, *op. cit.*, p. 7.

negativamente direitos de minorias estigmatizadas ou quando ela resulta de uma deliberação parlamentar de alta qualidade – razoavelmente informada e inclusiva –, pois esses fatores também conferem à alteração constitucional presunção ainda mais reforçada de constitucionalidade, permitindo, via de consequência, um controle jurisdicional menos intenso ou mais deferente da sua validade.

Em virtude da presunção de constitucionalidade que protege as normas produzidas pelo Congresso Nacional, o juiz deve atuar com deferência ao legislador – expressão aqui tomada em sentido amplo para alcançar inclusive a função do poder constituinte derivado – e, assim, manter uma atitude de confiança nas razões que este aduz para justificar a norma questionada.⁵² Se é certo que o juiz constitucional deve se orientar por esta presunção de constitucionalidade da norma, existem casos nos quais a presunção deve ser afastada ou amenizada. Desse modo, a presunção de constitucionalidade deixa de traduzir uma exigência geral de uma inconstitucionalidade grosseira ou flagrante como condição para a declaração da invalidade de um ato legislativo e passa a ser compreendida como um princípio que admite qualificações ou exceções. A presunção de constitucionalidade das leis não pode ser aplicada uniformemente a todas as leis, independente do seu *status* normativo, do seu conteúdo ou do tipo de restrição de direitos por ela veiculada.

O grau de intervenção do controle de constitucionalidade no ato normativo será, assim, inversamente proporcional ao seu grau de presunção de constitucionalidade. Essa formulação conduz não apenas à identificação de graus de permissão para intromissão judicial na norma produzida pelo parlamento, mas também de graus da própria presunção de constitucionalidade das leis.⁵³ A *graduação da presunção de constitucionalidade* das leis passa a ser construída a partir da conjunção de fatores que lhes rende maior ou menor aderência ao *princípio democrático*.

No direito constitucional norte-americano, é muito debatida a Nota de Rodapé nº 4, inserida no voto proferido pelo Justice Stone, no caso *United States v. Carolene Products Co*, julgado em 1938,⁵⁴ que sugeriu, de forma genérica, a

⁵² De acordo com Ferreres Comella, a presunção de constitucionalidade das leis se baseia em três ordens de argumentos que devem guiar o juiz constitucional em caso de dúvida sobre a sua validade: (i) o argumento *epistêmico*, segundo o qual a decisão adotada pelo legislador tem maior probabilidade de ser correta quando comparada com aquela adotada pelo juiz constitucional; (ii) o argumento da *igual dignidade política*, do qual resulta a compreensão de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada pelo órgão representativo da vontade popular expressa potencialmente uma ofensa à igual dignidade das pessoas; e, por fim, (iii) o argumento da *possibilidade de correção dos erros*, segundo o qual é mais fácil corrigir o erro consistente em se declarar válida uma lei inválida quando se compara com o erro oposto, ou seja, se declarar inválida uma lei efetivamente válida (FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997, p. 163 e ss.).

⁵³ Cf., a esse respeito, MODUGNO, Franco. *Scritti sull'interpretazione costituzionale*. Napoli: Editoriale scientifica, 2008, p. 122.

⁵⁴ EUA. Suprema Corte. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

aplicação mais restrita da presunção de constitucionalidade de normas que impusessem limitações a alguns direitos fundamentais, permitindo-se, assim, um controle mais rigoroso (*strict scrutiny*) dessas normas.⁵⁵ A partir desse primeiro impulso, doutrina e jurisprudência norte-americanas desenvolveram a noção graduada da aplicação da presunção de constitucionalidade, baseada na afirmação de três diferentes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis (*strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* e *rational basis scrutiny*).⁵⁶

Na experiência norte-americana, o parâmetro de controle chamado de *rational basis scrutiny* é o nível mais baixo de revisão judicial, aplicável à legislação de natureza econômica. Ao aplicar esse *standard* ou teste, o Tribunal é bastante deferente à decisão legislativa: o controle se restringe a verificar se a lei está racionalmente relacionada para atingir o objetivo do legislador. Ao utilizar esse padrão de escrutínio (*rational basis scrutiny*), o Judiciário raramente declara a inconstitucionalidade das leis.⁵⁷ O próximo nível de intensidade de controle é conhecido como *intermediate scrutiny*, segundo o qual a Corte examina a legislação com maior cuidado e menor deferência quando comparado com o *rational basis scrutiny*. Nesse caso, o Judiciário exige que a legislação tenha objetivos constitucionalmente relevantes e deve estar substancialmente relacionada com a realização desses objetivos. É comum se afirmar que esse teste intermediário se aplica à legislação que faz distinções com base no sexo das pessoas, por exemplo.

Já o escrutínio mais rigoroso (*strict scrutiny*) corresponde ao nível mais intenso de controle judicial da constitucionalidade das leis, e, portanto, de maior redução do grau de presunção da sua constitucionalidade. Esse teste costuma ser utilizado para aferir a legitimidade de restrições de direitos fundamentais, o que ocorre, por exemplo, quando se verifica a constitucionalidade das leis que afetam a cláusula do devido processo ou da proteção igualitária. A sujeição da lei a esse escrutínio mais rigoroso importa na redução da sua presunção de constitucionalidade, e, desse modo, no aumento das chances de que ela seja declarada inconstitucional.⁵⁸ Nesse campo do *strict scrutiny*, o Judiciário passa a controlar com maior ênfase os meios eleitos pela lei e os seus propósitos à luz da Constituição:

⁵⁵ No original: "There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth".

⁵⁶ Cf. KLEIN, Bruce Forrest. Rational basis? Strict scrutiny? Intermediate scrutiny? Judicial review in the abortion cases. *Oklahoma City University Law Review*, v. 9, n. 2, 1984, p. 321-322; e NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D.; YOUNG, Jesse Nelson. *Constitutional Law*. 2. ed. Eagan: West Publishing Company, 1983, p. 443.

⁵⁷ Cf. EUA. Suprema Corte. *Hodel v. Virginia*, 452 U.S. 314 (1981).

⁵⁸ Cf. EUA. Suprema Corte. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

o escrutínio pode incidir tanto na relação entre meios e fins como também na legitimidade do próprio fim eleito pelo legislador.⁵⁹

Essa graduação da intensidade do controle de constitucionalidade das leis nos EUA em três níveis conta com uma formulação teórica de conteúdo similar no ambiente europeu. Com origem alemã, mas depois incorporado à cultura jurídica de outros países do continente, o princípio da proporcionalidade também tem se prestado a graduar a intensidade do controle de constitucionalidade em função da intensidade da intervenção nos direitos fundamentais e da certeza das premissas sobre as quais se apoiam os argumentos a favor e contra a intervenção. É interessante notar que o *approach* da jurisprudência norte-americana a respeito dos níveis de intensidade do controle de constitucionalidade constitui expressão de uma aproximação com a metodologia da proporcionalidade.⁶⁰ Mais especificamente, e como bem registrou Yaniv Roznai, o princípio da proporcionalidade constitui ferramenta apropriada para parametrizar a legitimidade material das emendas à Constituição:

Não existe qualquer obstáculo ‘técnico’ à utilização do princípio da proporcionalidade na revisão judicial das emendas constitucionais, uma vez que a natureza da proporcionalidade permite um equilíbrio entre os princípios em conflito. No caso de ‘não-emendabilidade’, a ponderação seria entre o núcleo essencial do princípio de vedação à emenda protegido [cláusula pétrea], de um lado, e o interesse perseguido e os meios utilizados pela emenda constitucional para sua realização, de outro. (...) Como a proibição de emendas constitucionais busca preservar os princípios nucleares centrais da Constituição, ou em outras palavras a sua identidade, o *standard* da violação desproporcional examinaria se o núcleo essencial do princípio ‘não-emendável’ foi desproporcionalmente violado. Isso permitiria à autoridade competente para emendar a Constituição discricionariedade

⁵⁹ O STF já fez uso dessa categoria para afirmar que as leis infraconstitucionais que contrariem precedente do próprio STF tomado com base na interpretação de cláusulas pétreas deveriam se submeter a um escrutínio mais rigoroso: “A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis *in your face*) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105. Relator: Ministro Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*:16/03/2016).

⁶⁰ JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark. *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 1-12.

suficiente para emendar até mesmo princípios considerados não suscetíveis à emenda.⁶¹

Tradicionalmente, o princípio da proporcionalidade dá lugar a três níveis de controle: (i) *controle de evidência*, aplicável às intervenções leves em direitos fundamentais, nas quais basta verificar que as premissas empíricas em que se apoia a intervenção não sejam evidentemente falsas; (ii) *controle intermédio ou de justificabilidade*, aplicável às intervenções de intensidade média, em relação às quais se exige que as premissas que sustentam a intervenção sejam plausíveis; e (iii) *controle intensivo*, aplicável às intervenções mais gravosas em direitos fundamentais, contexto no qual se exige uma elevada certeza das premissas empíricas que as sustentam.⁶² Esses níveis de intensidade do controle das restrições de direitos fundamentais desenvolvidos a partir do princípio da proporcionalidade costumam enfatizar a importância do direito fundamental restringido e a gravidade da intervenção nele produzida.

No campo do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, e com base nesses níveis de intensidade de controle construídos em torno do princípio da proporcionalidade, Yaniv Roznai faz referência a três diferentes *standards* de revisão jurisdicional das alterações constitucionais: (i) *fundamental abandonment standard*, que consiste no nível mais baixo de escrutínio e que é aplicado às emendas constitucionais que contam com aprovação popular; (ii) *disproportionate violation standard*, que revela o nível intermediário de escrutínio e que deve ser aplicado às emendas constitucionais aprovadas pelos órgãos legislativos ordinários; e (iii) *minimal effect standard*, que configura o nível mais intenso de escrutínio – cuja aplicação excluiria até mesmo as emendas que produzem mínima restrição dos princípios protegidos pelas cláusulas pétreas – e que não são apropriadas para o controle de emendas constitucionais por seu excesso de rigidez.⁶³

Note-se que, segundo a proposta de Yaniv Roznai, todas as emendas constitucionais no Brasil se submeteriam a um único *standard* de escrutínio – o da violação desproporcional –, de modo que ficariam afastados, *a priori*, os outros níveis

⁶¹ ROZNAY, Yaniv, 2017, *op. cit.*, p. 220-221. Carlos Bernal Pulido também enfatiza a viabilidade do uso do princípio da proporcionalidade como ferramenta para identificar alterações inconstitucionais do texto constitucional, concluindo que “emendas que violam elementos constitucionais centrais para a institucionalização da democracia deliberativa implicam uma substituição da constituição se, e somente se, a violação for de tal magnitude que o sistema político não possa mais ser considerado como uma institucionalização da democracia deliberativa” (PULIDO, Carlos Bernal, 2013, *op. cit.*, p. 357).

⁶² LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 92.

⁶³ ROZNAY, Yaniv, 2017, *op. cit.*, p. 218-222.

de intensidade – o mais brando (“abandono fundamental”) e o mais rigoroso (“mínimo efeito”). O critério de que se vale o autor é o *pedigree* democrático da emenda constitucional: quanto maior a participação e a deliberação para construção da alteração constitucional, maior é o grau de legitimidade democrática e menor são as possibilidades de abuso, o que recomenda maior deferência por parte da jurisdição constitucional. Em suas palavras, “quanto mais a emenda for produto de um poder de emenda popular, multi-dimensional, inclusivo e deliberativo, que goza de um alto grau de legitimidade democrática e minimiza os riscos de uso indevido, menos intensa deve ser a revisão judicial das emendas, e vice-versa”.⁶⁴

A despeito da enorme importância do parâmetro relacionado ao grau de legitimidade democrática na produção da norma para a calibragem da intensidade do controle da sua constitucionalidade, parece importante considerar, em conjunto, outros critérios relacionados ao próprio conteúdo material da emenda constitucional.⁶⁵ A construção de parâmetros adequados para a calibragem da intensidade do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais exige uma combinação de elementos formais e substanciais. Uma combinação de elementos relacionados ao grau de legitimidade da emenda com o exame das propriedades materiais da norma por ela produzida conduz a uma parametrização mais apropriada do nível de escrutínio a que a emenda constitucional deve ser submetida perante a jurisdição constitucional.

A ideia de graduar a intensidade do controle de constitucionalidade foi incorporada e aperfeiçoada no Brasil por Daniel Sarmento e Cláudio Souza Neto, que procuraram fixar parâmetros para “calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, e, também, por consequência, o grau de ativismo do Poder Judiciário”.⁶⁶ Esses autores adotaram uma concepção gradualista sobre a presunção de constitucionalidade das leis, a partir dos seguintes *standards*: (i) *grau de legitimidade democrática* – quanto mais democrático for o processo de aprovação da lei, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame da sua constitucionalidade; (ii) *condições de funcionamento da democracia* – o Judiciário deve ser mais ativista na proteção dos pressupostos mínimos de funcionamento da democracia; (iii) *proteção de minorias estigmatizadas* – leis que impactem negativamente os direitos de minorias estigmatizadas devem ter relativizada a presunção de constitucionalidade; (iv) *fundamentalidade material dos direitos em jogo* – leis que impactem negativamente

⁶⁴ ROZNAI, Yaniv, 2017, *op. cit.*, p. 219, tradução livre.

⁶⁵ Como bem demonstra Álvaro de Vita, é preciso perceber os limites das concepções de democracia deliberativa e buscar padrões de legitimidade independentes dos próprios procedimentos deliberativos e decisórios. Cf. VITA, Álvaro de. Democracia e justiça. *Lua Nova*, v. 1, n. 50, p. 5-23, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452000000200002>.

⁶⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *op. cit.*, p. 460-463.

os direitos materialmente fundamentais devem ter relativizada a presunção de constitucionalidade; (v) *comparação de capacidades institucionais* – quanto menor for a *expertise* do Judiciário no setor disciplinado pela norma, maior deve ser a sua deferência ao legislador; e (vi) *momento da edição do ato normativo* – normas pré-constitucionais não gozam da mesma presunção de constitucionalidade das leis pós-constitucionais. Esses critérios já foram empregados pelo STF para graduar a presunção de constitucionalidade de leis no Brasil.⁶⁷

A utilização adequada desses critérios especifica e confere maior operacionalidade à noção geral de que quanto menos relevante for o direito fundamental restringido, quanto menor a intensidade com que a restrição é imposta e quanto maior o grau de legitimidade e representatividade democrática do órgão que produziu a restrição, menos intenso deve ser o controle de constitucionalidade aplicado pelo Judiciário. Entre outras consequências que a adoção de um nível menos intenso de controle de constitucionalidade das normas produz, a mais evidente é a justificação da adoção de uma postura mais *autocontida* – e, portanto, mais *deferente* – no exame da legitimidade de algumas restrições normativas aos direitos fundamentais. Isso significa, entre outras coisas, que restrições leves a direitos fundamentais de reduzida importância axiológica terão sua constitucionalidade analisada com menor profundidade, com maior deferência, a partir de critérios formais e materiais menos rigorosos, e com imputação de menor ônus argumentativo e probatório ao Congresso Nacional. Mas significa também que a baixa qualidade da deliberação que produziu a norma pode provocar um rebaixamento no grau de deferência da jurisdição constitucional em relação à emenda constitucional.

Na experiência nacional, os requisitos formais para a aprovação de emendas constitucionais não são tão rigorosos e os governos facilmente angariam majorias

⁶⁷ O Ministro Luís Roberto Barroso propôs a utilização desses critérios para averiguar a constitucionalidade da lei penal que criminalizava a pederastia no ambiente militar: “Além disso, na obra acima, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento propõem parâmetros para a autocontenção judicial no controle de constitucionalidade das leis (p. 460-463), e todos eles reforçam a conclusão de que o art. 235 do CPM é inconstitucional: (i) o grau de legitimidade democrática do diploma é nulo, haja vista as circunstâncias de sua edição, já *analisadas acima*; (ii) as condições de funcionamento da democracia são comprometidas pela norma, já *que ela reduz as possibilidades de participação plural nas Forças Armadas*; (iii) a proteção de minorias estigmatizadas não é *favorecida pelo dispositivo*, pelo contrário: ele aprofunda a discriminação e a estigmatização de homossexuais, como se eles fossem incapazes de exercer a atividade militar, o que não tem qualquer comprovação empírica; (iv) quanto à relevância do direito material em jogo, a orientação sexual liga-se à liberdade existencial do indivíduo, não se podendo exigir a modificação de um aspecto central de sua personalidade como condição para acesso ou permanência nas Forças Armadas, sob pena de violação *à sua dignidade*; (v) o Poder Judiciário não tem déficit de capacidade institucional em relação aos outros Poderes para se pronunciar sobre o tema, pois ele não demanda *expertise* técnica; e (vi) a época da edição do ato impugnado também não o favorece, uma vez que foi editado em contexto não democrático e reflete uma concepção de mundo ultrapassada” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*: 11/05/2016).

parlamentares suficientes para aprová-las. Embora a maior parte dessas emendas não altere o texto constitucional em sua estrutura básica – *i.e.*, incidem sobre temas de política ordinária que foram constitucionalizados⁶⁸ (tributos, previdência, serviços públicos, política econômica, regime de servidores públicos, etc.) –, convém não exagerar na atribuição de elevado grau de legitimidade democrática às emendas apenas pelo fato de que elas exigirem, para sua aprovação, do voto da maioria qualificada de três quintos dos membros de cada uma das casas legislativas em dois turnos de votação.

Com efeito, as mudanças na Constituição brasileira não exigem aprovação popular e também não contam com mecanismos efetivos de amadurecimento da deliberação (*e.g.*, exigência de aprovação por mais de uma legislatura). Maiorias estáveis formadas com relativa facilidade pelos governos podem promover alterações constitucionais sem grandes obstáculos.⁶⁹ Por isso, a análise sobre o grau de legitimidade democrática na aprovação das emendas constitucionais pode demandar mais do que a mera observância do quórum constitucional. O intervalo entre as sessões de aprovação da proposta de emenda, o nível de participação da sociedade civil e a qualidade das informações disponibilizadas sobre o tema em discussão são critérios adicionais para a avaliação sobre a qualidade da deliberação pública e política envolvida na mudança constitucional. Quanto maior e melhor for a deliberação, maior legitimidade democrática será emprestada à emenda constitucional.

No Brasil, embora o Supremo Tribunal Federal, na prática, module a intensidade do controle incidente sobre os mais variados atos normativos – ora assumindo um controle mais rigoroso e ora mais brando –, essas variações não têm sido acompanhadas de uma proposta jurisprudencial organizada e coerente sobre os diferentes graus de intensidade de controle de constitucionalidade utilizados.⁷⁰

⁶⁸ De acordo com Diego Werneck e Fabiana Oliveira, 80,5% das alterações na Constituição brasileira envolveram dispositivos constitucionais de *policy*, ou seja, veiculadores de políticas públicas, refletindo escolhas que, em princípio, variaram entre governos. Cf. OLIVEIRA, Fabiana; WERNECK, Diego, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁹ Cf., sobre a facilidade de aprovação de emendas constitucionais por governos que tenham sucesso na formação de uma coalizão parlamentar, ARRETCHE, Marta. Continuidades e descontinuidades da Federação Brasileira: de como 1988 facilitou 1995. *Revista Dados*, v. 52, n. 2, p. 377-423, 2009. Cf., ainda, SOUZA, Celina. Regras e Contexto: as Reformas da Constituição de 1988. *Revista Dados*, v. 51, n. 4, p. 791-823, 2008.

⁷⁰ Mais recentemente, o Ministro Gilmar Mendes, em voto por meio do qual propôs a declaração de inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas para uso pessoal, sistematizou os três níveis de intensidade de controle de constitucionalidade das leis, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Destacou, de início, ser “possível identificar, a partir da jurisprudência sedimentada pela Corte Constitucional alemã, três níveis de controle de intervenção ou restrição a direitos fundamentais dos quais também podem extrair importantes balizas no controle da constitucionalidade de leis penais”, quais sejam, “a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 635.659*. Relator: Ministro

Ainda que o STF não tenha adotado essa distinção entre os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade, nada impede – ao contrário, tudo recomenda – que se procure realizar o esforço de identificar os variados graus de intensidade do controle por ele exercido, a fim de se obter maior coerência e integridade da jurisdição constitucional brasileira. Afinal, as variações das intensidades com que as diversas leis têm a sua constitucionalidade controlada pelo STF não devem ser fruto do acaso, de particularismos ou de voluntarismos. Ao contrário, devem resultar da aplicação coerente de critérios normativos legítimos, transparentes e objetivamente controláveis.

Mais especificamente no campo do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, é possível afirmar que a jurisprudência do STF tem anunciado, com frequência, um parâmetro geral de alta deferência ao poder constituinte derivado. Como afirmou o Ministro Gilmar Mendes, “a Corte tem deixado bem claro que os limites materiais ao poder de reforma constitucional não impedem toda e qualquer modificação do texto constitucional, mas apenas aquelas que implicam efetiva violação ao seu núcleo essencial”.⁷¹ Partindo dessa premissa, o grau de certeza da incompatibilidade com a Constituição da emenda constitucional exigido para a declaração da sua inconstitucionalidade seria, via de regra, particularmente intenso. E, como consequência, o Supremo Tribunal Federal submeteria as emendas constitucionais a escrutínios brandos ou intermediários, mais próximos do parâmetro geral de escrutínio proposto por Yaniv Roznai para a fiscalização da legitimidade das emendas aprovadas sem aprovação popular.

A despeito de o STF anunciar a excepcionalidade do controle jurisdicional de constitucionalidade sobre as emendas constitucionais, pesquisa publicada por Diego Werneck e Fabiana Oliveira sugerem que o Tribunal tem acolhido um número relevante de impugnações veiculadas contra alterações na Constituição.⁷² Com base em dados registrados até o ano de 2018, os autores afirmaram que uma a cada três emendas constitucionais aprovadas foi contestada perante o STF (35 de um universo de 105 emendas promulgadas). Ainda, os autores destacaram que em um quinto das vezes o STF acolheu integral ou parcialmente as ações de inconstitucionalidade ajuizadas, de modo que o Tribunal interferiu no conteúdo de 42,8% do total de emendas que foram objeto de contestação judicial. Esses dados contrariam a ideia de que o controle de constitucionalidade de emendas

Gilmar Mendes. (julgamento ainda não concluído). Íntegra do voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 16 set. 2018).

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.395. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*: 23/05/2008.

⁷² OLIVEIRA, Fabiana; WERNECK, Diego, *op. cit.*, p. 7.

constitucionais no Brasil seria caracterizado por um elevado padrão de deferência ao poder constituinte derivado.

Não se desconhece o fato de que há algumas características dessas emendas constitucionais em cujo conteúdo o STF promoveu algum tipo de interferência que ajudam a explicar o considerável rebaixamento do padrão de deferência e a importante intensificação do nível de escrutínio a que tais emendas foram submetidas. *Em primeiro lugar*, cabe recordar que grande parte das emendas constitucionais aprovadas no Brasil não se referem aos temas considerados nucleares ou materialmente constitucionais (*i.e.*, organização e separação dos poderes, direitos materialmente fundamentais e regras do jogo político).⁷³ Na linguagem cunhada por Luís Roberto Barroso e Aline Osório, essas emendas não tratam de temas tipicamente constitucionais (“normas constitucionais indispensáveis”), mas de temas que transitam entre questões que não devem ter sido constitucionalizadas (“normas constitucionais supérfluas”) e outras que foram constitucionalizadas em razão de exigências particulares da história brasileira (“normas constitucionais necessárias”).⁷⁴ *Em segundo lugar*, como observaram Diego Werneck e Fabiana Oliveira, “[n]as ADIs em que atuou sobre o conteúdo de mudanças constitucionais, o STF interveio sobretudo para vetar alterações nas carreiras públicas da Justiça, em tributos e precatórios, e nos temas afeitos aos direitos sociais”.⁷⁵

De fato, em apenas dois casos é possível identificar que a intervenção do STF apresentou relação com aspectos mais centrais da Constituição brasileira: a decisão monocrática (ainda não confirmada pelo Plenário) na ADI 5.595, que, ao suspender parte da EC 86/2015, buscou evitar a redução do patamar mínimo de gastos públicos em saúde; e o acórdão proferido na ADI 3.685, no qual se determinou que a verticalização das coligações partidárias se aplicaria às eleições de 2006 em razão da regra da anterioridade eleitoral. Mesmo assim, nesse último caso, a intervenção pode ser considerada leve, na medida em que apenas ressaltou a não aplicação de nova regra eleitoral no mesmo período em que o pleito ocorreria. De maneira geral, as intervenções do STF no conteúdo das emendas

⁷³ OLIVEIRA, Fabiana; WERNECK, Diego, *op. cit.*, p. 7. No mesmo sentido: “podemos observar o domínio significativo das emendas constitucionais sobre tributação e orçamento, em contraste com a relativa estabilidade das demais áreas da Constituição. Mesmo em duas matérias nas quais o número de emendas se destaca – organização e defesa do Estado e organização dos poderes –, várias das emendas aprovadas tiveram como objeto temas de alcance limitado, cujo impacto sobre a ordem constitucional é bastante reduzido” (MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. 30 anos de Constituição, 30 anos de reforma constitucional. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, p. 21. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37844>. Acesso em: 08 jan. 2022).

⁷⁴ Cf. BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline, *op. cit.*

⁷⁵ OLIVEIRA, Fabiana; WERNECK, Diego, *op. cit.*, p. 12.

constitucionais têm se limitado às questões corporativas (especialmente do próprio Poder Judiciário), de organização administrativa e no sistema de pagamentos de dívidas públicas. Quase nada de materialmente constitucional.

A despeito do fato de que apenas um terço das emendas constitucionais aprovadas foi objeto de contestação perante o STF, ainda assim o percentual de mais de quarenta por cento de intervenção no conteúdo dessas emendas pelo Tribunal parece colocar em xeque a noção de que o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais constitui uma medida absolutamente excepcional. Pelo contrário, o Tribunal parece ter submetido as emendas constitucionais contestadas a um escrutínio mais rigoroso, pois só assim se produziria um grau tão elevado de acolhimento de pretensões de inconstitucionalidade. É verdade que, de maneira geral, as emendas constitucionais que tiveram seu conteúdo invalidado ou modificado pelo STF não dizem respeito aos aspectos centrais da Constituição brasileira. Na linguagem da ciência política, tais emendas constitucionais tratam de temas típicos de *policy* (políticas públicas que tradicionalmente são objeto de política ordinária e se sujeitam a modificações pelos governos), e não de *polity* (estruturas e separação dos poderes, direitos fundamentais e sistema político).⁷⁶ Essa característica das emendas constitucionais submetidas a controle mais intenso – *i.e.*, aquelas que veiculam temas que dificilmente seriam caracterizados como materialmente constitucionais – pode explicar, em alguma medida, o baixo nível de deferência que o STF tem mantido no controle da legitimidade de tais modificações na Constituição.

Por outro lado, o fato de que tais emendas que sofreram intervenção judicial em seu conteúdo não afetarem direitos materialmente fundamentais e tampouco modificarem a estrutura básica da organização dos poderes ou regras do jogo eleitoral poderia sugerir justamente que elas seriam submetidas a controle mais brando. Não é o que tem acontecido até aqui. A relativa facilidade com que o STF tem acolhido parcial ou integralmente ações de inconstitucionalidade ajuizadas contra emendas constitucionais não podem ser vistas como uma forma de atuação proativa do Tribunal na defesa das condições de realização da democracia deliberativa. De maneira geral, as decisões do STF nesse campo parecem indicar que, quando estão em jogo temas de natureza corporativa, o Tribunal assume maior disposição para intensificar o controle de constitucionalidade incidente sobre as emendas constitucionais.

⁷⁶ Cf. ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio. 1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (Org.). *A Carta: para entender a Constituição brasileira*. São Paulo: Todavia, 2019, p. 38.

Com uma Constituição detalhista – que incorporou de maneira generosa um número elevado de políticas públicas e diversos temas de natureza corporativa – e que tem sido emendada frequentemente, o controle de constitucionalidade praticado em face das emendas constitucionais parece ter progressivamente se distanciado da justificativa filosófica e institucional para a qual foi criado: a proteção das dimensões básicas da democracia brasileira. A jurisprudência do STF anuncia que o controle das emendas constitucionais será absolutamente excepcional, mas, na prática, as submete a níveis de intensidade de escrutínio semelhantes aos praticados no controle de constitucionalidade das leis. Daí porque parece oportuno parametrizar de maneira mais clara e racional os critérios com base nos quais o STF pode decidir intensificar o controle de constitucionalidade incidente sobre determinadas emendas constitucionais. A jurisdição constitucional brasileira não tem nada a ganhar com a banalização da intervenção do STF no conteúdo das emendas constitucionais.⁷⁷ Esse é um recurso poderoso que deve ser reservado para os casos em que a intervenção do Tribunal seja efetivamente necessária para a proteção dos valores fundamentais da Constituição.⁷⁸

4 Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais em contextos de retrocesso democrático

É amplamente aceita na atualidade a ideia de que as democracias contemporâneas são menos ameaçadas por golpes de estado do que por processos incrementais de erosão dos seus valores e instituições. Há uma tendência mundial de deslocamento de democracias liberais em direção ao *iliberalismo*, por meio de

⁷⁷ É verdade, contudo, que nenhuma das decisões do STF que promoveram alguma intervenção no conteúdo de emendas constitucionais pode ser considerada como manifestação de controle de constitucionalidade abusivo. Cf., sobre o tema, DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 81 e ss. Nenhuma dessas decisões do STF provocou, no Brasil, efeitos sistêmicos contrários ao regime democrático. Embora indiquem uma forte atuação contramajoritária do STF – pois envolve a invalidação de escolha feita por maiorias qualificadas –, nenhuma dessas decisões produziu efeitos negativos sobre o funcionamento da democracia em qualquer de suas dimensões básicas.

⁷⁸ Assim como as demais medidas de democracia militante, o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais deve ser orientado pelo parâmetro de autocontenção. Em uma perspectiva mais geral, João Gabriel Pontes afirmou que a autocontenção é importante para que se compreenda “a gravidade dos efeitos que a sua atuação pode gerar sobre os direitos constitucionais de terceiros, bem como a extensão e a profundidade das suas próprias limitações institucionais. A autocontenção evita críticas políticas à autoridade dos órgãos com atribuição e competência para interferir no processo de aplicação de medidas militantes, além de fornecer algumas orientações informais no momento de se requerer ou de se decidir acerca da utilização de providências militantes, e inspirar a adoção de mecanismos formais de controle interno” (PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 318).

uma transição lenta e progressiva – e não por uma reversão autoritária imediata e completa. Não por acaso, o direito constitucional, tanto no Brasil como em outros quadrantes, tem dado crescente importância ao fenômeno do retrocesso democrático. Tornam-se cada vez mais comuns experiências de piora da qualidade das democracias eleitorais, seja pela intensificação da violação a direitos fundamentais, seja pela captura das instituições democráticas.

Aos poucos as discordâncias quanto à existência de uma profunda depressão do ideal democrático no mundo foram se dissipando. Até mesmo na Europa, onde o aprofundamento da integração pela via da União Europeia e o aperfeiçoamento dos mecanismos supranacionais de controle e supervisão das condições de funcionamento da democracia pareciam imunizar um importante conjunto de países contra o risco autoritário, Hungria e Polônia deixaram de ser democracias funcionais.⁷⁹ Fenômeno semelhante foi identificado nas Filipinas, Turquia e Tailândia. Nesses países, as eleições têm perdido progressivamente o caráter competitivo, a repressão e a inabilitação de opositores políticos têm se intensificado e a captura dos órgãos neutros de controle do poder político tem se tornado irreversível.⁸⁰

No quadro atual, pode-se afirmar que é amplamente consensual o diagnóstico de que está em curso uma crise democrática de proporções globais.⁸¹ As divergências quanto às causas do fenômeno – *e.g.*, crise econômica, aumento da desigualdade, reação conservadora às conquistas de grupos minoritários, etc.⁸² – ou quanto aos seus impactos de longo prazo não impedem o reconhecimento de que há provas robustas de deterioração do projeto democrático em todas as

⁷⁹ Cf., sobre o retrocesso o decaimento democrático na Hungria: MOUNK, Yascha. *O Povo contra a Democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019. Cf., a respeito do retrocesso democrático na Polônia, SADURSKI, Wojciech. Constitutional Crisis in Poland. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 257-277.

⁸⁰ Cf. GUTIÁN, Elena. Los diagnósticos sobre la crisis de las democracias desde la lucha por la etiqueta a las propuestas de reforma institucionales. In: CARMONA, Álvaro S. (Coord.). *La democracia herida: La tormenta perfecta*. Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 37-57.

⁸¹ MOUNK, Yascha. *O Povo contra a Democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019; CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; PRZEWORSKI, Adam. *Crises da democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020; GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018.

⁸² INGLEHART, Ronald F.; NORRIS, Pippa. Trump, Brexit and the Rise of Populism: Economic have-nots and cultural backlash. *Harvard JFK School Faculty Research Working Paper Series*, n. RWP16-026, p. 1-52, ago. 2016. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2818659. Acesso em: 25 out. 2022. Acredito que a “reação cultural” – tida como explicação mais convincente do aumento do apoio a partidos populistas de extrema direita – é uma das justificativas mais estruturais do retrocesso democrático no Brasil. A visão ingênua de que a indignação contra a corrupção era a causa da guinada à extrema direita da política brasileira já se provou equivocada.

regiões do planeta.⁸³ Em 2019, por exemplo, o relatório do V-Dem Project demonstrou que, pela primeira vez desde 2001, a maioria dos países no mundo não tinha governos democráticos. Segundo o V-Dem, em 2019, 92 países, que abrigam 54% da população mundial, eram considerados estados autocráticos.⁸⁴ O relatório também identificou uma “onda de autocratização”, afetando grandes economias e grandes populações, como a Índia e o Brasil.

É nesse contexto, de declínio da democracia no mundo, que se insere a atual crise da democracia brasileira. Os frequentes ataques aos direitos fundamentais de minorias, o aumento do assédio e da violência contra a imprensa, as gravíssimas ameaças dirigidas ao Supremo Tribunal Federal e ao Tribunal Superior Eleitoral e as constantes agressões ao processo eleitoral são sinais indiscutíveis de que a qualidade da democracia brasileira tem sido sistematicamente abalada.⁸⁵

O roteiro dos processos contemporâneos de retrocesso democrático tem sido seguido fielmente pelo Governo do Presidente Jair Bolsonaro. Primeiro, Bolsonaro venceu a corrida eleitoral com uma retórica *antiestablishment* e antipluralista. Em seguida, adotou medidas incrementais para atacar o Estado de Direito, restringir os poderes dos órgãos de fiscalização, eliminar os pontos de veto institucionais (particularmente por meio de esforços para enfraquecer os Tribunais e cooptar o Congresso Nacional), interferir nas eleições, restringir as liberdades civis e dismantelar políticas públicas nas áreas de educação, cultura e direitos humanos. Essas mudanças cumulativas diminuíram progressivamente a qualidade da democracia e culminaram em manifestações de ostensivo caráter golpista, que deixavam clara a intenção de destruir a democracia constitucional liberal construída a partir da Constituição de 1988.⁸⁶

⁸³ De fato, os maiores programas de acompanhamento do estado da democracia no mundo – o V-Dem Project e a Freedom House – já apontavam que o fenômeno de recessão da democracia vinha se aprofundando na última década. Cf. CSAKY, Zselyke. *Nations in Transit 2020: Dropping the Democratic Façade*. Disponível em: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/05062020_FH_NIT2020_vfinal.pdf. Acesso em: 25 out. 2022.

⁸⁴ LINDBERG, Staffan L.; LUHRMAN, Anna (Ed.). *Autocratization Surges – Resistance Grows: Democracy Report 2020*. Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/f0/5d/f05d46d8-626f-4b20-8e4e-53d4b134bfc9/democracy_report_2020_low.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

⁸⁵ A propósito, a Freedom House tem apontado que, ao longo dos últimos quatro anos, o Brasil tem experimentado importante degradação no grau de proteção de direitos fundamentais, o que tem feito com que a pontuação geral sobre a qualidade da democracia brasileira esteja em forte declínio. Cf. relatório disponível em: <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2020>. Acesso em 20 out. 2020.

⁸⁶ O Ministro Edson Fachin citou sete sintomas da crise da democracia brasileira: “Tenho nos dias atuais uma preocupação agravada com a corrupção da democracia, ou seja, com o conjunto das circunstâncias que mostram que Brasil está vivendo processo desconstituente. E portanto, nesse sentido, há indubitavelmente uma preocupação imensa com a força republicana da Constituição de 1988 e especialmente porque há pelo menos sete sintomas que estão revelando hoje a corrupção da democracia no Brasil. (...) Em primeiro lugar, a remilitarização do governo civil, que é um sintoma preocupante. Em segundo lugar, intimidações de fechamento dos demais Poderes. Em terceiro, declarações acintosas de depreciação

Em contextos de retrocesso constitucional como o que atravessa atualmente o Brasil, Cláudio Souza Neto defende, com razão, que cabe às cortes constitucionais não só considerar atos governamentais específicos, mas também atuar de modo ativo na moderação de todo o ciclo autoritário, exercendo, nesse sentido, função “anticíclica”.⁸⁷ Em suas palavras, “em um cenário de erosão incremental da democracia, justifica-se a relativização da presunção de validade dos atos do governante autoritário, para submetê-los a um exame rigoroso quanto a sua compatibilidade com o regime democrático”.⁸⁸ Essa redução circunstancial no grau de deferência com que a jurisdição constitucional se relaciona com os demais Poderes também se aplica ao controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

O ambiente geral de crescente autoritarismo vivido no país cria um quadro de relativa desconfiança em relação à legitimidade de eventuais mudanças constitucionais que possuam aptidão para minar as condições de funcionamento da democracia. Não é por acaso que uma das chaves conceituais para entender processos de retrocesso constitucional seja precisamente a ideia de constitucionalismo abusivo, cunhado por David Landau, e que designa “o uso de mecanismos de mudança constitucional para erodir a ordem democrática”.⁸⁹ Felizmente, o exemplo mais destacado de ensaio de constitucionalismo abusivo no Brasil – a proposta de emenda constitucional que pretendia reinstituir o voto impresso para substituir a exitosa experiência da urna eletrônica no Brasil⁹⁰ – foi rejeitada pelo próprio Congresso Nacional. Outras propostas de emenda constitucional que

do valor do voto. Em quarto, palavras e ações que atentam contra a liberdade de imprensa. Em quinto lugar, incentivo às armas e por consequência a violência — o Brasil precisa de saúde e educação, não de violência nem de armas. Em sexto lugar, a recusa antecipada de resultado eleitoral adverso. Em sétimo lugar, revelando portanto que vivemos uma crise da democracia, e a corrupção da democracia é o arbítrio, há um grave problema da naturalização da corrupção de agentes administrativos e portanto isso mostra que a corrupção da democracia está no presente momento associada às forças invisíveis da grande corrupção” (TEIXEIRA, Matheus. *Doença infantil do lavajatismo pode acabar, mas não a Lava Jato, diz Fachin*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/doenca-infantil-do-lavajatismo-pode-estar-prestes-a-acabar-mas-nao-a-lava-jato-diz-fachin.shtml>. Acesso em: 20 out. 2022).

⁸⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 271.

⁸⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia militante e jurisdição constitucional anticíclica*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-jurisdicao-constitucional-anticiclica-16052020>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁸⁹ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, 2013.

⁹⁰ A proposta tinha como pano de fundo criar pretextos para questionar o resultado da futura eleição. Como afirmou Oscar Vilhena Vieira, “[o] voto impresso também poderá ser empregado para promover uma maliciosa judicialização dos resultados eleitorais, criando um ambiente de desconfiança favorável a insurgências” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Plantando tempestade: Voto impresso colocará democracia em xeque*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2021/06/plantando-tempestade.shtml>. Acesso em: 20 out. 2022).

traduzem mais fielmente objetivos autoritários – como as que visam antecipar a aposentadoria de Ministros do STF – sequer chegaram perto da aprovação.

Mas é preciso permanecer em estado de alerta. Há formas sub-reptícias de mudança do regime constitucional sem alteração formal da Constituição e que podem provocar resultados claramente inconstitucionais. Foi o que o STF reconheceu ao declarar a inconstitucionalidade do chamado “orçamento secreto”, que havia institucionalizado uma nova modalidade de distribuição de emendas parlamentares ao orçamento com graves problemas de transparência e publicidade.⁹¹ A profunda militarização da vida política nacional nos últimos anos, por exemplo, ocorreu sem exigir qualquer modificação formal da Constituição ou das leis. Nem por isso deixa de indicar um preocupante traço do persistente autoritarismo brasileiro.⁹² O mesmo se pode dizer da nomeação de pessoas para cargos de direção na Administração Pública que defendem concepções contrárias à razão de ser da própria existência das instituições em que atuam. Igualmente grave foram as diversas iniciativas de interrupção da participação da sociedade civil na construção de políticas públicas, tais como a ampla extinção de conselhos sociais promovida pelo Governo Bolsonaro e que apenas em parte foi suspensa pelo STF.⁹³

Compõe o conhecimento convencional do direito constitucional a ideia de que os regimes constitucionais contemporâneos são formados não apenas pelos textos das Constituições, mas também pela infraestrutura institucional que torna as normas constitucionais efetivas e pelos contextos social e político que dão sentido à experiência constitucional. A despeito da diversidade de teorias que procuram captar essa dimensão extratextual da Constituição,⁹⁴ há amplo consenso de que o regime constitucional de um país só pode ser devidamente captado pelo conjunto de práticas institucionais forjadas a partir do texto constitucional e

⁹¹ Cf., sobre o tema, MOLON, Alessandro; SARMENTO, Daniel. *Não há meio-termo quando a República está em jogo*: É fundamental que o STF ponha fim às emendas de relator, prática espúria e inconstitucional. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/orcamento-secreto-emendas-relator-stf-09112021>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁹² Para uma visão precisa sobre a história recente da crescente participação dos militares na vida política nacional, cf. VIANA, Natália. *Dano colateral: a intervenção dos militares na segurança pública*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

⁹³ A maioria do Tribunal acolheu apenas o argumento de natureza formal: “Considerado o princípio da separação dos poderes, conflita com a Constituição Federal a extinção, por ato unilateralmente editado pelo Chefe do Executivo, de órgãos colegiados que, contando com menção em lei em sentido formal, viabilizem a participação popular na condução das políticas públicas – mesmo quando ausente expressa ‘indicação de suas competências ou dos membros que o compõem’” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.121. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*: 28/11/2019). Outros cinco votos, que ficaram vencidos, defendiam que nem mesmo os conselhos criados por ato infralegal poderiam ser extintos de maneira arbitrária.

⁹⁴ Em conhecida obra sobre o tema, Laurence Tribe cunhou o conceito de “Constituição invisível” para explicar esse conjunto de tradições constitucionais extra-textuais que integram o próprio sentido da Constituição. Cf. TRIBE, Lawrence. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

pelo grau de enraizamento do *ethos* constitucional nas relações do Estado com os particulares e nas relações sociais de uma maneira mais geral. Daí porque não é difícil explicar, mesmo no plano teórico, como é possível descaracterizar o perfil pluralista e inclusivo de um regime constitucional sem alterar o texto da Constituição.

Com efeito, os processos contemporâneos de regressão ou retrocesso democrático têm revelado importantes insuficiências e incompletudes da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais. Nas mais diversas partes do mundo, essa doutrina foi construída com o objetivo de criar parâmetros para a intervenção da jurisdição constitucional na proteção da estrutura básica da democracia liberal. Embora haja grande diversidade no modo como esse tema foi incorporado às realidades nacionais – grande parte dos países contam com cláusulas pétreas expressas, outros criaram essas limitações ao poder constituinte derivado jurisprudencialmente –, é possível identificar um núcleo material do constitucionalismo que tem recebido essa máxima proteção institucional: a proteção de eleições livres, justas e periódicas, a garantia de direitos fundamentais básicos e o desenho institucional de controle e contenção recíproco dos poderes. É nessa medida, aliás, que se pode identificar profunda coincidência entre o sentido normalmente atribuído às cláusulas pétreas expressas – ao menos daquelas mais difundidas no constitucionalismo contemporâneo – e o conteúdo das doutrinas da substituição (Colômbia) ou da estrutura básica da Constituição (Índia).⁹⁵

Nos mais variados quadrantes, Tribunais Constitucionais têm se valido da possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais para proteger a estrutura básica da democracia.⁹⁶ Contudo, esse poderoso arsenal dogmático e institucional desenvolvido ao longo das últimas décadas com o objetivo de defender os elementos fundantes da democracia apresenta algumas limitações importantes diante dos processos recentes de erosão democrática. Isso se deve, em grande medida, às características dessa nova onda de autoritarismo que já provocou profundos danos à democracia brasileira.

Em primeiro lugar, como anotaram as principais obras sobre o tema, o retrocesso democrático atual é decisivamente marcado por seu *caráter incremental*. A ideia tradicional de que são inconstitucionais as emendas constitucionais revolucionárias – *i.e.*, que demonstram aptidão para promover uma verdadeira substituição da Constituição por meio de uma “emenda constitucional de fachada” – já não dá conta dos riscos trazidos por essas novas manifestações de erosão democrática, que se dá de maneira progressiva, por meio da soma de uma sucessão

⁹⁵ ROZNAI, Yaniv, 2017, *op. cit.*, p. 71, 143 e 151.

⁹⁶ ROZNAI, Yaniv, 2017, *op. cit.*, p. 154.

de atos que, em seu conjunto, possuem capacidade para abalar o funcionamento da democracia. É o que Adam Przeworski chamou de “efeito cumulativo” de desgaste da democracia produzidos por atos do governo.⁹⁷ A doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais procurou desenvolver um arsenal teórico para o controle de atos pontuais de mudança formal da Constituição. Nem mesmo as versões mais sofisticadas dessa doutrina atentaram para a possibilidade de que a erosão democrática resultasse não de uma emenda constitucional em particular, mas de um conjunto de alterações pontuais e graduais na Constituição.⁹⁸

Em segundo lugar, a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais protege a Constituição contra *mudanças formais* em seu texto que colocam em risco os elementos exigidos para a manutenção das condições para cooperação democrática, mas deixa de fora tanto as *mudanças informais* quanto aquelas promovidas por meio de *alterações legislativas*⁹⁹ e *regulamentares*. Aqui reside uma outra significativa limitação da tradicional teoria subjacente ao controle de constitucionalidade das emendas constitucionais. Se é verdade que há processos de retrocesso democrático que passaram mais claramente por mudanças formais da Constituição – e.g., Polônia, Hungria e Venezuela –, há outros que se desenvolvem com grande eficácia sem contar com a promulgação de emendas constitucionais.¹⁰⁰ Esse é precisamente o caso brasileiro.

O desmonte de instituições de grande relevância para a realização do princípio republicano e da garantia de múltiplos direitos fundamentais – e.g., instituições de controle e fiscalização do poder público e aquelas responsáveis pela proteção dos povos indígenas, do meio ambiente, da educação, da cultura, etc. – não passa sequer por tentativas de alteração do texto da Constituição. Ao contrário, esse é um processo que tem sido implementado, em grande parte, por meio de um conjunto de medidas que resultam na completa descaracterização funcional das

⁹⁷ Em suas palavras, “[o] que as pessoas precisam entender é que, embora cada medida dessas tenha pouco impacto individual, seu efeito cumulativo impede que o governante seja derrotado, mesmo por uma posição amplamente majoritária” (PRZEWORSKI, Adam, 2020, *op. cit.*, p. 214).

⁹⁸ Yaniv Roznai chegou a reconhecer em sua obra mais conhecida sobre o tema que a doutrina da inconstitucionalidade das emendas com base no *fundamental abandonment standard* permite, ao menos em teoria, uma gradual desconstrução do sistema constitucional, por meio de sucessivas emendas constitucionais (*piece by piece*). Não ofereceu, contudo, resposta para essa preocupação expressamente identificada em seu livro. Cf. ROZNAI, Yaniv, 2017, *op. cit.*, p. 224.

⁹⁹ Bom exemplo desse tipo de medida legislativa foi a Medida Provisória 870/19, que transferiu a competência para demarcação de terras indígenas da Funai para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. A mudança se deu no contexto em que o Presidente da República já havia se manifestado nos seguintes termos: “Não demarcarei um centímetro quadrado a mais de terra indígena. Ponto final” (HIRABAHASI, Gabriel. “Não demarcarei um centímetro quadrado a mais de terra indígena”, diz Bolsonaro. Disponível em: <https://epoca.globo.com/expresso/nao-demarcarei-umcentimetro-quadrado-mais-de-terra-indigena-diz-bolsonaro-23300890>. Acesso em: 12 jan. 2022).

¹⁰⁰ DIXON, Rosalind; LANDAU, David, *op. cit.*, p. 14.

instituições. Cortes orçamentários, omissão na nomeação de pessoas para composição desses órgãos e até mesmos interferências explícitas no funcionamento de diversas dessas entidades relativamente independentes são estratégias adotadas pelo Governo Bolsonaro para desmobilizar e até mesmo paralisar importantes instituições de controle do poder público.¹⁰¹

Um amplo conjunto de *atos regulamentares* – como a sucessão de decretos editados com o objetivo de esvaziar a política de desarmamento antes aprovada por lei pelo Congresso Nacional¹⁰² – e *informais* – como os que resultam no esvaziamento funcional de órgãos de controle ambiental e de proteção dos indígenas¹⁰³ – foi posto em prática com o objetivo indisfarçável de ruir com o edifício institucional do estado de direito e da democracia no país. Trata-se de uma estratégia qualificada por Oscar Vilhena, Rubens Glezer e Ana Laura Barbosa de “infralegalismo autoritário”, caracterizado por uma erosão da institucionalidade que se operacionaliza por meio de decretos e mudanças administrativas e da qual resulta uma fragilização do pluralismo e dos direitos fundamentais.¹⁰⁴

O percurso de autocratização do regime político brasileiro trilhado pelo Governo Bolsonaro passa também pela adoção de *práticas discursivas de ataque à democracia* – tanto aquelas mais explicitamente criminosas como as ameaças de golpe e de interferência no Supremo Tribunal Federal¹⁰⁵ quanto aquelas que, a despeito de revelarem o mais abjeto desprezo pelos valores constitucionais, não

¹⁰¹ Um dos mais expressivos exemplos foi a tentativa de transformação da Polícia Federal em órgão de inteligência da Presidência da República, que levou o Ministro Alexandre de Moraes a suspender a nomeação de Superintendente da Polícia Federal pelo Presidente da República. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). Mandado de Segurança nº 37.097. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. *Diário de Justiça Eletrônico*: 30/04/2020.

¹⁰² Parte desse conjunto de Decretos foi suspensa por decisão da Ministra Rosa Weber, que reconheceu, com acerto, que “os Decretos presidenciais impugnados, ao inovarem na ordem jurídica, fragilizaram o programa normativo estabelecido na Lei 10.826/2003, que inaugurou uma política de controle responsável de armas de fogo e munições no território nacional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.675. Relatora: Ministra Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*: 13/04/2021. O julgamento colegiado ainda não terminou, em razão do pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes).

¹⁰³ Ainda em 2020, já se havia diagnosticado o esvaziamento de órgãos como IBAMA e FUNAI. Cf. BRAGON, Rainier. Em dois anos, Bolsonaro esvaziou órgãos que cuidam de questões ambientais, indígenas e agrárias. *Folha de SP*, 28/12/2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2020/12/em-dois-anos-bolsonaro-promove-desmonte-no-meio-ambiente-funai-e-reforma-agraria.shtml>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰⁴ O estudo será publicado no livro do *Projeto sobre Estado de Direito e Legalismo Autocrático* e teve algumas de suas conclusões publicadas em uma série de matérias jornalísticas da Folha de São Paulo sobre o tema: GALF, Renata. *Bolsonaro adota ‘infralegalismo autoritário’ contra democracia, apontam pesquisadores*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/01/bolsonaro-adota-infralegalismo-autoritario-contra-democracia-apontam-pesquisadores.shtml>. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁰⁵ Cf. LEITE, Alair; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Convencer e constranger: limites penais à interferência em outro Poder*. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,convencer-e-constranger-limites-penais-a-interferencia-em-outro-poder,70003815964>. Acesso em: 25 out. 2022.

configuram delitos –, que também não se deixam captar pela doutrina do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais inconstitucionais. Trata-se, na visão de Oscar Vilhena, Rubens Glezer e Ana Laura Barbosa, de uma “dimensão para-institucional” da estratégia de erosão institucional perseguida pelo Governo Bolsonaro.¹⁰⁶

Em face da baixa taxa de sucesso do Governo Bolsonaro na aprovação de medidas no Congresso Nacional, seria natural que as propostas de emenda à Constituição apresentadas por parlamentares governistas – tal como a que defende a redução imediata da idade de aposentadoria compulsória de Ministros do STF¹⁰⁷ – não apresentassem viabilidade política. Por conta dessa condição, as tentativas de alteração da Constituição funcionam, em grande medida, como sinalizações difusas de que o plano de autocratização do país segue em curso. Não obstante, é preciso lembrar que, às vésperas da eleição presidencial de 2022, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 123, que foi aprovada com o objetivo de permitir uma massiva distribuição de recursos públicos por meio da ampliação e até da criação de novos programas sociais à margem da lei eleitoral que “proíbe a implementação de novos benefícios no ano de realização das eleições justamente para se evitar que os candidatos utilizem da máquina pública para obter vantagem nas eleições”.¹⁰⁸ Tal emenda constitucional, ao alterar as regras do jogo eleitoral a menos de três meses das eleições¹⁰⁹ e promover a distribuição de mais de R\$40 bilhões de reais em benefícios sociais em programa que se encerra no próprio ano de 2022,¹¹⁰ tornou ostensiva a finalidade eleitoral

¹⁰⁶ A expressão foi referida em matéria jornalística que resume algumas das conclusões do grupo de autores em trabalho que será publicado em livro do *Projeto sobre Estado de Direito e Legalismo Autocrático*: GALF, Renata, *op. cit.*

¹⁰⁷ A PEC 32/2021 chegou a ser aprovada, em novembro de 2021, na CCJ. A chapada inconstitucionalidade da proposta não chegou a ser objeto de reconhecimento pelo STF, muito provavelmente pela generalizada percepção de que a medida não tem viabilidade política mínima no Congresso Nacional. Cf., sobre a proposta de emenda constitucional: CASTRO, Juliana. *PEC que muda aposentadoria de ministros do STF é inconstitucional, diz professor da FGV*. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/pec-que-muda-aposentadoria-de-ministros-do-stf-e-inconstitucional-diz-professor-da-fgv-24112021>. Acesso em: 12 jan. 2022.

¹⁰⁸ Quando ainda tramitava a proposta de emenda constitucional, posteriormente aprovada pelo Congresso Nacional, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União formulou representação por meio da qual alertava para a inconstitucionalidade da alteração constitucional exatamente pela violação às regras do jogo eleitoral. Cf., a íntegra da representação disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/07/representacao-pec-bondades-mp-tcu.pdf>. Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁰⁹ A Emenda foi aprovada com o objetivo de permitir que o governo se desviasse da observância do art. 73, §10, da Lei das Eleições: “No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa”.

¹¹⁰ Cf., sobre a extensão desses programas sociais, o Comunicado da Presidência do TCU, disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/9A/B0/18/7A/4B142810B4FE0FF7E18818A8/Comunicacao%20>

da mudança constitucional, com graves repercussões sobre a justiça do processo eleitoral, e, portanto, em violação ao princípio democrático, subjacente à clausula pétrea do voto direto, secreto, universal e periódico – prevista no artigo 60, §4º, II, da Constituição.¹¹¹

De qualquer forma, e apesar dessa pontual manifestação tradicional de constitucionalismo abusivo que resultou da promulgação da Emenda Constitucional nº 123,¹¹² a experiência brasileira nos últimos quatro anos (2019-2022) constitui evidência suficiente de que os processos de retrocesso democrático podem se aprofundar sem alteração formal da Constituição.¹¹³ O autoritarismo político não se expressa de maneira unívoca em todas as partes de mundo. Embora haja relevantes traços em comum entre Bolsonaro e outros líderes de extrema direita no mundo – e.g., a qualificação de críticos e opositores como inimigos, os ataques frequentes à imprensa, ao Poder Judiciário e às minorias raciais, religiosas e políticas, a incitação à violência, a fabricação e disseminação de notícias falsas, o desprezo pela igualdade de gênero e o apelo a um passado mítico autoritário –, o autoritarismo se realiza na vida nacional brasileira pelos caminhos que se mostram mais viáveis em cada momento da cruzada de desinstitucionalização generalizada liderada pelo Governo. Entre idas e vindas, ataques e ensaios de pedidos de desculpas, o projeto de erosão democrática vai se implementando aos poucos, a despeito da notável resistência do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior Eleitoral e de importantes setores da sociedade civil.¹¹⁴

Gabpres%20-%20Fiscalizacao%20de%20beneficios%20emergenciais%20da%20EC%20123%20v2.pdf. Acesso em: 24 out. 2022. Matéria jornalística mais recente do *Valor Econômico* alude a uma distribuição de recursos da ordem de R\$68 bilhões de reais durante o período eleitoral. Disponível em: OTTA, Lu Aiko; PERON, Isadora; TAIAR, Estevão. *Pacote de 'Bondades' tem impacto de R\$68 bi*. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/eleicoes-2022/noticia/2022/10/21/pacote-de-bondades-tem-impacto-de-r-68-bi.html>. Acesso em: 24 out. 2022.

¹¹¹ Cf., nesse sentido, FREITAS, Matheus Pimenta; STRECK, Lenio Luiz. *Post scriptum*: PEC Kamikaze violou também a anterioridade eleitoral. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-15/streck-freitas-pec-kamikaze-violou-tambem-anterioridade-eleitoral>. Acesso em: 24 out. 2022.

¹¹² Cf., nesse sentido, MODESTO, Paulo. *Constitucionalismo abusivo e casuismo eleitoral*: PEC do Estado de Emergência. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-14/interesse-publico-constitucionalismo-abusivo-casuismo-eleitoral-pec-estado-emergencia>. Acesso em: 24 out. 2022.

¹¹³ A ênfase que aqui se dá ao período do Governo Bolsonaro não obscurece a necessidade de identificar as raízes da crise democrática brasileira. Cf., para uma visão mais ampla das origens dessa crise, SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A democracia impedida*: o Brasil no século XXI. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

¹¹⁴ Como demonstrou estudo de autoria de Oscar Vilhena, Rubens Glezer e Ana Laura Barbosa, o STF controlou mais e de maneira mais intensa os atos do Governo Bolsonaro. Os resultados sugerem que o STF adotou, ainda que sem uniformidade em relação aos mais variados setores atacados pelo Governo, uma postura de redução circunstancial do grau de deferência aos atos do Poder Executivo com o objetivo (explícito ou implícito) de proteção da democracia. Disponível em: GALF, Renata. *STF decidiu mais e mais rápido em ações contra governo Bolsonaro após pandemia*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/01/stf-decidiu-mais-e-mais-rapido-em-acoes-contra-governo-bolsonaro-apos-pandemia.shtml>. Acesso em: 13 jan. 2022.

Nesse contexto, torna-se necessária uma releitura da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais para que ela promova adequadamente a sua função primordial: a defesa da estrutura básica da democracia liberal. É preciso fazer com que essa dogmática de proteção da estrutura fundamental da Constituição desenvolvida a propósito do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais seja traduzida em uma defesa eficaz do regime democrático. Embora nenhuma democracia sobreviva apenas de controles contramajoritários como o que as Constituições contemporâneas imputam aos Tribunais Constitucionais,¹¹⁵ não há dúvida de que a adoção de uma postura proativa da jurisdição constitucional na proteção das condições de realização da democracia constitui fator de grande relevância na contenção de impulsos autoritários circunstanciais.¹¹⁶

Não por acaso, Yaniv Roznai chamou atenção para o fato de que a ideia básica que sustenta as mais diversas formas de preservação da Constituição contra emendas inconstitucionais é a noção de *democracia militante*, ou seja, o receio justificado de que uma democracia irrestrita permita a sua própria destruição.¹¹⁷ Afinal, a previsão de cláusulas pétreas nas Constituições e a possibilidade de sua adjudicação por Tribunais Constitucionais é o resultado de uma experiência do constitucionalismo ocidental para criar salvaguardas para a preservação da democracia constitucional contra ameaças autoritárias.¹¹⁸ Não há outro contexto em que essa dimensão de proteção da democracia pela jurisdição constitucional fique tão pronunciada como no campo do controle de constitucionalidade de emendas por violação às cláusulas pétreas. Mas essa função pode e deve ser desempenhada sempre que a ameaça autoritária se fizer presente, independentemente de ter sido veiculada formalmente por meio de alteração do texto constitucional.

A despeito de a categoria do *constitucionalismo abusivo* – compreendida como uma apropriação da reforma constitucional como instrumento da erosão

¹¹⁵ No Brasil, por exemplo, a CPI da Covid, conduzida por instituição política majoritária, teve função indispensável no esclarecimento para a sociedade sobre o modo irresponsável como o Governo conduziu a crise sanitária. Além disso, é preciso não reduzir o papel fundamental das mais variadas organizações da sociedade civil, cujo engajamento tem mantido viva a expectativa pela superação da profunda crise da democracia no país.

¹¹⁶ Cf., para uma síntese de experiências bem-sucedidas da jurisdição constitucional ao evitar a monopolização do poder político, ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. A atuação do STF durante o Governo Bolsonaro – e.g., na perseguição criminal de atentados contra o funcionamento das instituições democráticas, na proteção de direitos fundamentais à vida e à saúde durante a pandemia, na contenção dos mais variados desvios de poder do Governo voltados à desmobilização de órgãos de controle do poder executivo e na defesa de direitos fundamentais de minorias – faz prova bastante robusta da capacidade que a jurisdição constitucional tem para refrear investidas contra o regime democrático desenhado pela Constituição de 1988.

¹¹⁷ ROZNAI, Yaniv, 2017, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁸ TANCHEV, Evgeni. Constitutional Safeguards of Legality and Legitimacy. In: KELLY, Michael (Ed.). *Openness and Transparency in Governance: Challenges and Opportunities*. Maastricht: NISPAcee, 2000, p. 81.

democrática – possuir grande importância na compreensão de parte significativa dos processos de recessão democrática dos últimos anos, ela tem pouca utilidade para traduzir ou explicar as ameaças autoritárias no Brasil. Nem por isso a doutrina dos limites do poder de emenda constitucional deixa de ter relevância. Afinal, foi ela que permitiu desenvolver analiticamente a mais completa resposta do direito constitucional aos desafios envolvidos na defesa da democracia pela jurisdição constitucional.¹¹⁹ De certo modo, essa leitura mais abrangente da categoria do *constitucionalismo abusivo* já havia sido acolhida em decisão da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso que suspendeu decreto presidencial do qual resultava impedimento ao adequado funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente.¹²⁰ Na ocasião, depois de resumir o sentido da expressão *constitucionalismo abusivo*, afirmou que “as cortes constitucionais e supremas cortes devem estar atentas a alterações normativas que, a pretexto de dar cumprimento à Constituição, em verdade se inserem em uma estratégia mais ampla de concentração de poderes, violação a direitos e retrocesso democrático”.¹²¹

As lacunas da doutrina dos limites ao poder de emenda à Constituição e do seu controle jurisdicional em face dos riscos que os recentes processos de erosão democrática apresentam podem constituir chaves de leitura importantes para o aperfeiçoamento dos mecanismos jurisdicionais de defesa da democracia. *De um lado*, o caráter incremental do retrocesso democrático deve incitar uma revisão do modelo atomizado de fiscalização da constitucionalidade de atos do poder público. Em geral, atos isolados praticados por governos orientados por essa matriz autoritária contemporânea não são aptos a demonstrar o real risco democrático que deles pode resultar. Apenas uma visão mais global e agregativa de grupos mais amplos de atos governamentais pode dar uma visão mais adequada da capacidade de todos eles, em seu conjunto, para abalar os alicerces do edifício

¹¹⁹ É que o controle jurisdicional da constitucionalidade das emendas constitucionais se dá precisamente para proteger os pré-compromissos mais básicos do pacto constitucional e permitir que a deliberação política continue aberta para todos. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena, 1999, *op. cit.*

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 622. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*: 22/12/2019.

¹²¹ Interessante notar que, em 2019, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou, no exame da medida cautelar, que “Embora não me pareça ser o caso [constitucionalismo abusivo] de falar em risco democrático no que respeita ao Brasil, cujas instituições amadureceram ao longo das décadas e se encontram em pleno funcionamento, é sempre válido atuar com cautela e aprender com a experiência de outras nações”. Já no julgamento de mérito, em 2021, e diante da agressiva campanha autoritária do Governo, o Ministro substituiu esse trecho que constava da decisão cautelar por outro: “Nesse sentido, embora tenha fé nas instituições brasileiras, que amadureceram ao longo das décadas e se encontram em pleno funcionamento, é sempre válido atuar com cautela e aprender com a experiência de outras nações”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 622. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*: 21/05/2021.

democrático. Daí porque ações constitucionais de caráter estrutural se mostram mais bem adaptadas às exigências de controle e supervisão de amplos conjuntos de atos comissivos e omissivos, práticas informais e discursivas que possuem aptidão para afetar decisivamente o funcionamento de instituições e a proteção de direitos fundamentais.

De outro lado, assume especial relevância a consideração de que a violação às cláusulas pétreas – e, no limite, da própria democracia – pode ser perpetrada não apenas por emendas à Constituição, mas também por atos legislativos, atos regulamentares, ações e omissões administrativas com as mais diversas feições. A jurisdição constitucional deve estar atenta para a circunstância de que o fenômeno da recessão democrática não pode ser reduzido ao do constitucionalismo abusivo. Nesse sentido, a doutrina do controle jurisdicional das limitações ao poder de reforma da Constituição pode incumbir o STF de uma função militante de defesa da democracia constitucional.

5 Conclusão

É correto afirmar que as emendas constitucionais, por derivarem de ampla maioria parlamentar, ostentam um grau mais elevado de presunção de constitucionalidade. Apesar disso, a grave afetação de direitos fundamentais de alta carga de fundamentalidade pode recomendar a adoção de uma postura de maior desconfiança em relação à constitucionalidade de uma emenda constitucional. De igual modo, emendas que restrinjam processos de participação política também devem se sujeitar a controle judicial mais exigente.¹²² Não há dúvida de que, estando em jogo a defesa dos pressupostos de funcionamento da própria democracia, a jurisdição constitucional pode adotar uma postura de maior proatividade. Por isso, é tranquila a afirmação de que as normas que comprimem o processo democrático devem se submeter a um escrutínio mais rigoroso.¹²³

¹²² Essa tradicional concepção tem sua origem na célebre nota de rodapé do Juiz Harlan Stone no caso *Carolene Products Co. v. USA*, de 1938, que concebeu a ideia de afastamento da presunção de constitucionalidade de leis violadora de proibições específicas da Constituição ou de leis que restrinjam processos políticos (e.g., restrições sobre o direito ao voto e a disseminação da informação, interferência em organizações políticas e a proibição de reuniões pacíficas), bem assim de leis que se direcionem contra minorias religiosas, nacionais ou raciais.

¹²³ Como precisamente ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido perante o Supremo Tribunal Federal, até mesmo os críticos da jurisdição constitucional costumam aceitar como legítima sua intervenção para proteger o funcionamento regular do processo democrático: “O ponto é que uma das principais características da jurisdição constitucional – e que, por isso mesmo, torna-se parte de sua essência – é funcionar como uma espécie de garante das condições mínimas da democracia. Esse tipo de atuação das Cortes constitucionais e das Supremas Cortes é consensual, aceito e prestigiado até pelos mais

O controle jurisdicional de constitucionalidade de emendas à Constituição traduz mecanismo excepcional de intervenção do Judiciário naquela que é a manifestação democraticamente mais qualificada de alteração formal da Constituição. Apenas nas hipóteses em que haja clara violação ao núcleo essencial dos princípios protegidos pelas cláusulas pétreas é que o STF estará autorizado a se valer desse poderoso mecanismo de controle contramajoritário das reformas constitucionais. É preciso levar a sério a advertência de que as cláusulas pétreas servem para blindar a essência da Constituição brasileira contra pretensões de ruptura da identidade constitucional por meio de ilegítimos processos de reforma constitucional. Por isso mesmo, o STF deve adotar postura de autocontenção ao examinar ações diretas de inconstitucionalidade voltadas contra emendas à Constituição, limitando-se a intervir quando estiverem sob ataque os direitos e princípios básicos que estruturam a democracia e o Estado de Direito.

Mesmo observadas essas advertências, o controle jurisdicional de constitucionalidade de emendas constitucionais revela um importante mecanismo de defesa da democracia. Toda vez que por meio delas se pretender erodir o princípio democrático ou estabelecer graves restrições a direitos materialmente fundamentais, o STF deverá submetê-las a um controle de constitucionalidade estrito (e, portanto, mais rigoroso). As cláusulas pétreas devem ser interpretadas com equilíbrio e moderação, para que possam servir à preservação dos princípios fundamentais, sem bloquear a deliberação democrática.

A principal justificativa para a adoção de uma postura de desconfiança em relação ao controle de constitucionalidade material das emendas à Constituição reside precisamente na necessidade de garantir o autogoverno de cada geração. Essa justificativa, entretanto, pode militar contra ou a favor da presunção de constitucionalidade das emendas constitucionais. Em contextos de retrocesso democrático, é preciso assumir uma postura de especial atenção às propostas de alteração formal da Constituição que possuam aptidão para erodir a ordem democrática, que devem ser submetidas ao mais rigoroso escrutínio pela jurisdição constitucional. Afinal, a vocação do controle jurisdicional da constitucionalidade de emendas à Constituição está justamente em obstaculizar manifestações de constitucionalismo abusivo e suas tentações autoritárias. É justamente por isso que a recente

fervorosos críticos do chamado ativismo judicial. Por essa razão, a garantia do exercício dos direitos fundamentais e democráticos de participação política está intrinsecamente ligada à própria regularidade do processo democrático, e a atuação da jurisdição constitucional nessa seara revela-se de extrema importância sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a tais direitos. Desde a publicação da obra de John Hart Ely (*Democracy and Distrust...*), compreende-se que a proteção do funcionamento regular do processo democrático é a principal função da jurisdição constitucional e, portanto, também desta Suprema Corte" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança nº 32.033. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Redator para Acórdão: Ministro Teori Zavascki. *Diário de Justiça Eletrônico*: 18/02/2014).

Emenda Constitucional nº 123, ao permitir que o Governo Federal distribuisse gratuitamente bens, valores e benefícios criados ou expandidos no próprio ano das eleições – para enfrentamento de situação supostamente emergencial cristalizada antes do período eleitoral –, revelou potencial para erodir estruturalmente as condições de disputa justa no processo eleitoral e, com isso, afrontar a cláusula pétrea consubstanciada no regime democrático (60, §4º, II, da Constituição).¹²⁴ E, ainda, tornou materialmente viável, a partir da institucionalização constitucional do abuso de poder econômico, a perpetuação no poder de um candidato à reeleição refratário à observância das regras inerentes ao estado democrático de direito. Apenas na fase final do mandato presidencial de Jair Bolsonaro é que o Congresso Nacional aprovou a primeira modificação formal na Constituição, reveladora do conhecido fenômeno do constitucionalismo abusivo.

Contudo, e apesar da enorme relevância da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais na proteção do regime democrático, as características da erosão democrática vivenciada nos últimos anos no Brasil não se deixam capturar pelas teorias jurídicas construídas para justificar e balizar o controle jurisdicional da legitimidade do exercício do poder constituinte derivado. O retrocesso democrático brasileiro tem sido operacionalizado por um amplo conjunto de atos regulamentares, ações e omissões administrativas e práticas discursivas voltadas ao desmonte de instituições responsáveis por atividades necessárias para a realização dos mais variados compromissos constitucionais, tanto no campo do controle e da fiscalização do poder público como na defesa de direitos fundamentais.

Nesse contexto, a doutrina do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais deve ser atualizada e adaptada para fazer frente às novas fontes de ameaças autoritárias. A jurisdição constitucional brasileira deve estar atenta ao método incremental de ataque às instituições e aos direitos fundamentais, o que sugere a necessidade de dedicar mais energia às ações constitucionais estruturais, já que estas estão mais bem adaptadas ao controle e supervisão de amplos conjuntos de práticas infralegais e informais de desmobilização das instituições democráticas. Foi o que o STF realizou, de maneira bem-sucedida, no julgamento de ações estruturantes que envolviam, nos últimos anos, a tutela de grupos minoritários contra processos sistemáticos de violação de direitos fundamentais (*e.g.*, ADPFs das Favelas,¹²⁵ da Saúde das Comunidades Indígenas na

¹²⁴ Cf., nesse sentido, PINTO, Élica Graziane. *Anterioridade eleitoral violada pelo abuso de créditos extraordinários*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-12/contas-vista-anterioridade-violada-abuso-creditos-extraordinarios>. Acesso em: 24 out. 2022.

¹²⁵ Cf., para uma síntese do objeto da ação e da resposta do STF, FANTI, Fabiola; OSMO, Carla. ADPF das Favelas: mobilização do direito no encontro da pandemia com a violência policial e o racismo. *Revista*

Pandemia,¹²⁶ entre outras), controle da validade de conjuntos de atos administrativos que resultavam na desinstitucionalização de mecanismos de fiscalização de atos do poder executivo (e.g., ADIs contra extinção de conselhos sociais promovida pelo Governo Bolsonaro¹²⁷), na instrumentalização de instituições públicas para perseguição de opositores políticos (como no caso dos dossiês contra servidores públicos produzidos pela ABIN¹²⁸) e até mesmo de atos infralegais que possuíam potencial para incentivar a violência e a subversão do regime democrático (ADIs voltadas à invalidação de uma sequência de decretos que buscavam subverter o Estatuto do Desarmamento e possibilitar o amplo acesso pela população civil a armas de fogo¹²⁹).

Além disso, os parâmetros construídos pela dogmática jurídica para redução do grau de deferência judicial às emendas constitucionais podem ser mobilizados com sucesso para justificar a intensificação do controle dos atos do Poder Executivo que possuam aptidão para minar a infraestrutura do regime democrático brasileiro. Até porque o destacado *pedigree* democrático que caracteriza as emendas constitucionais – cuja aprovação depende de maiorias qualificadas no Congresso Nacional – não se faz presente na atuação meramente administrativa do Poder Executivo. As estratégias administrativas e discursivas adotadas pelo Governo de desmonte das instituições e de desqualificação das noções de pluralismo e inclusão devem ser submetidas ao mais intenso e rigoroso controle por parte do Supremo Tribunal Federal. Sem dúvida, ao bom desempenho da jurisdição constitucional brasileira na contenção dos impulsos autoritários do Governo Bolsonaro credita-se parte relevante daquilo que pode se desenhar – a depender do resultado das eleições de 2022 – como um caso de sucesso de defesa contra um dos mais agressivos processos de recessão democrática do mundo.

Judicial review of amendments to the constitution: entrenched clauses, degrees of power of the derived constituent power and protection of democracy in contexts of democratic backsliding

Abstract: Judicial review of constitutional amendments constitutes an important mechanism for defending democracy. As a general rule, the Brazilian Federal Supreme Court (STF) should exercise

Direito e Práxis, v. 12, n. 3, p. 2102-2146, set. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/61282>. Acesso em: 25 out. 2022.

¹²⁶ Cf., para uma síntese do objeto da ação e da resposta do STF, NAKAMURA, E. K. Os direitos indígenas em disputa na ADPF 709: há caminhos possíveis na jurisdição constitucional? *IDP Law Review*, v. 1, n. n.2, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5867>. Acesso em: 25 out. 2022.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.121. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*: 28/11/2019.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 722. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. *Diário de Justiça Eletrônico*: 21/10/2020.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.119. Relator: Ministro Edson Fachin. *Diário de Justiça Eletrônico*: 21/09/2022.

self-restraint when examining direct unconstitutionality claims filed against constitutional amendments, thus limiting its intervention to situations where the basic principles and rights that structure democracy and the rule of law are under attack. Nevertheless, whenever an these amendments seek to erode the democratic principle or impose major restrictions on substantive fundamental rights, the Supreme Court must subject them to strict scrutiny. The features of the process of democratic decay experienced in Brazil in recent years - which was implemented through a wide range of regulatory acts, administrative acts and omissions and discursive practices - suggest that the doctrine of judicial review of constitutional amendments should be updated and adapted to counter the new sources of authoritarian threats. This study conducts a literature review on judicial review of constitutional amendments. It is based on the hypothetical-deductive method, through research of legislation and case law. The article also conducts a case study (qualitative research) to demonstrate, with support from empirical evidence, the main characteristics of contemporary processes of democratic regression in comparison with the practical results found in the Brazilian experience in terms of judicial review of constitutional amendments. The results of this work suggest that Brazil's judicial review system requires methodological tools to respond to the incremental attacks to institutions and fundamental rights observed from 2019 to 2022. This suggests the need to devote more energy to strategic litigation (through structural injunctions), since it is better adapted to control and supervise the broad sets of non-statutory and informal practices intended to undermine democratic institutions. It also indicates the use of the theoretical arsenal developed to protect the Constitution from abusive formal changes of its text to address authoritarian practices.

Keywords: Entrenched clauses. Judicial review of amendments to the constitution. Democracy. Fundamental rights. Democratic backsliding. Authoritarian legalism.

Table of contents: **1** Introduction – **2** Judicial review of constitutional amendments in Brazil – **3** Levels of intensity of judicial review of constitutional amendments based on a graduated presumption of constitutionality of these norms – **4** Judicial review of constitutional amendments in contexts of democratic backsliding – **5** Conclusions – References

Referências

- ABRAHAM, Mathew. Judicial Role in Constitutional Amendment in India: The Basic Structure Doctrine. In: ANDENAS, Mads (Ed.). *The Creation and Amendment of Constitutional Norms*. London: BIICL, 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio. 1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (Org.). *A Carta: para entender a Constituição brasileira*. São Paulo: Todavia, 2019.
- ARRETCHE, Marta. Continuidades e descontinuidades da Federação Brasileira: de como 1988 facilitou 1995. *Revista Dados*, v. 52, n. 2, p. 377-423, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. As Constituições Latino-americanas entre a Vida e a Morte: Possibilidades e Limites do Poder de Emenda. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 19-52, 2019.
- BRAGON, Rainier. “Em dois anos, Bolsonaro esvaziou *órgãos* que cuidam de questões ambientais, indígenas e agrárias”. *Folha de SP*, 28/12/2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2020/12/em-dois-anos-bolsonaro-promove-desmonte-no-meio-ambiente-funai-e-reforma-agraria.shtml>. Acesso em: 13 jan. 2022.
- BRANDÃO, Rodrigo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, §4º, IV da CF/88. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, v. 1, n. 10, abr./maio/jun. 2007.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939. Relator: Ministro Sydney Sanches. *Diário de Justiça*: 18/03/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.395. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*: 23/05/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357. Redator para Acórdão: Ministro Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*: 26/09/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105. Relator: Ministro Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*: 16/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.675. Relatora: Ministra Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*: 13/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 829, 830 e 831. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça*: 16/09/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*: 11/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança nº 24.875. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça*: 06/10/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança nº 32.033. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Redator para Acórdão: Ministro Teori Zavascki. *Diário de Justiça Eletrônico*: 18/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). Mandado de Segurança nº 37.097. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. *Diário de Justiça Eletrônico*: 30/04/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.024. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça*: 01/12/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.119. Relator: Ministro Edson Fachin. *Diário de Justiça Eletrônico*: 21/09/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.121. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*: 28/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 622. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*: 22/12/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 622. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*: 21/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 722. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. *Diário de Justiça Eletrônico*: 21/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 23.047. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça*: 14/11/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 34.448. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*: 31/03/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário* nº 635.659. Relator: Ministro Gilmar Mendes. (julgamento ainda não concluído). Íntegra do voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 16 set. 2018.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CASTRO, Juliana. *PEC que muda aposentadoria de ministros do STF é inconstitucional, diz professor da FGV*. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/pec-que-muda-aposentadoria-de-ministros-do-stf-e-inconstitucional-diz-professor-da-fgv-24112021>. Acesso em: 12 jan. 2022.

CSAKY, Zselyke. *Nations in Transit 2020: Dropping the Democratic Façade*. Disponível em: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/05062020_FH_NIT2020_vfinal.pdf. Acesso em: 25 out. 2022.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. New York: Cambridge University Press, 1984.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Hodel v. Virginia*, 452 U.S. 314 (1981).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission). *Report on Constitutional Amendment*.

FANTI, Fabiola; OSMO, Carla. ADPF das Favelas: mobilização do direito no encontro da pandemia com a violência policial e o racismo. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n. 3, p. 2102-2146, set. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/61282>. Acesso em: 25 out. 2022.

FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997.

FREITAS, Matheus Pimenta; STRECK, Lenio Luiz. *Post scriptum: PEC Kamikaze violou também a anterioridade eleitoral*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-15/streck-freitas-pec-kamikaze-violou-tambem-anterioridade-eleitoral>. Acesso em: 24 out. 2022.

GALF, Renata. *Bolsonaro adota 'infralegalismo autoritário' contra democracia, apontam pesquisadores*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/01/bolsonaro-adota-infralegalismo-autoritario-contra-democracia-apontam-pesquisadores.shtml>. Acesso em: 20 out. 2022.

GALF, Renata. *STF decidiu mais e mais rápido em ações contra governo Bolsonaro após pandemia*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/01/stf-decidiu-mais-e-mais-rapido-em-acoes-contra-governo-bolsonaro-apos-pandemia.shtml>. Acesso em: 13 jan. 2022.

GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

GUITIÁN, Elena. Los diagnósticos sobre la crisis de las democracias desde la lucha por la etiqueta a las propuestas de reforma institucionales. In: CARMONA, Álvaro S. (Coord.). *La democracia herida: La tormenta perfecta*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

HIRABAHASI, Gabriel. "Não demarcarei um centímetro quadrado a mais de terra indígena", diz Bolsonaro. Disponível em: <https://epoca.globo.com/expresso/nao-demarcarei-umcentimetro-quadrado-mais-de-terra-indigena-diz-bolsonaro-23300890>. Acesso em: 12 jan. 2022.

INGLEHART, Ronald F.; NORRIS, Pippa. Trump, Brexit and the Rise of Populism: Economic have-nots and cultural backlash. *Harvard JFK School Faculty Research Working Paper Series*, n. RWP16-026, p. 1-52, ago. 2016. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2818659. Acesso em: 25 out. 2022.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença nº 1146/1988. Redator: Antonio Baldassarre.

JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark. *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

KLEIN, Bruce Forrest. Rational basis? Strict scrutiny? Intermediate scrutiny? Judicial review in the abortion cases. *Oklahoma City University Law Review*, v. 9, n. 2, 1984.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, 2013.

LEITE, Alaor; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Convencer e constranger: limites penais à interferência em outro Poder*. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,convencer-e-constranger-limites-penais-a-interferencia-em-outro-poder,70003815964>. Acesso em: 25 out. 2022.

LINDBERG, Staffan L.; LUHRMAN, Anna (Ed.). *Autocratization Surges – Resistance Grows: Democracy Report 2020*. Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/f0/5d/f05d46d8-626f-4b20-8e4e-53d4b134bfc9/democracy_report_2020_low.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

MARCENO, Valeria; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. 30 anos de Constituição, 30 anos de reforma constitucional. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, p. 21. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37844>. Acesso em: 08 jan. 2022.

MENDES, Conrado Hübner. Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court. *Florida Journal of International Law*, v. 17, n. 3, p. 449-461, dez. 2005.

MODESTO, Paulo. *Constitucionalismo abusivo e casuísmo eleitoral: PEC do Estado de Emergência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-14/interesse-publico-constitucionalismo-abusivo-casuismo-eleitoral-pec-estado-emergencia>. Acesso em: 24 out. 2022.

MOLON, Alessandro; SARMENTO, Daniel. *Não há meio-termo quando a República está em jogo: é fundamental que o STF ponha fim às emendas de relator, prática espúria e inconstitucional*. Disponível em: <https://www.jota.info/opinioao-e-analise/artigos/orcamento-secreto-emendas-relator-stf-09112021>. Acesso em: 20 out. 2022.

MOUNK, Yascha. *O Povo contra a Democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019.

NAKAMURA, E. K. Os direitos indígenas em disputa na ADPF 709: há caminhos possíveis na jurisdição constitucional? *IDP Law Review*, v. 1, n. n.2, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5867>. Acesso em: 25 out. 2022.

NOVELLI, Flavio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2º, p. 2, da EC nº 3/93. *Revista Forense*, v. 199, n. 1, p. 21-57, jan./mar.1995.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D.; YOUNG, Jesse Nelson. *Constitutional Law*. 2. ed. Eagan: West Publishing Company, 1983.

- OLIVEIRA, Fabiana; WERNECK, Diego. O Supremo Tribunal Federal e a mudança constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 36, n. 105, 2021, p. 7. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/3610506/2020>.
- PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo STF: crônica de jurisprudência. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 1, n. 1, p. 135-151, 2003.
- PINTO, Élica Graziane. *Anterioridade eleitoral violada pelo abuso de créditos extraordinários*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-12/contas-vista-anterioridade-violada-abuso-creditos-extraordinarios>. Acesso em: 24 out. 2022.
- PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- PRZEWORSKI, Adam. *Crises da democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (Coord.). *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, v. 1.
- PULIDO, Carlos Bernal. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, abr. 2013.
- ROZNAI, Yaniv. Unamendability and the Genetic Code of the Constitution. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 27, n. 2, p. 775-825, 2015.
- ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 20-21.
- ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, v. 61, n. 3, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2297734>. Acesso em: 6 jan. 2022.
- SADURSKI, Wojciech. Constitutional Crisis in Poland. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Ed.) *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A democracia impedida: o Brasil no século XXI*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal alemán. In: FAVOREU, Louis *et al.* *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUZA, Celina. Regras e Contexto: As Reformas da Constituição de 1988. *Revista Dados*, v. 51, n. 4, p. 791-823, 2008.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Contracorrente, 2020.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia militante e jurisdição constitucional anticíclica*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-jurisdicao-constitucional-anticiclica-16052020>. Acesso em: 20 out. 2022.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 9, n. 43, p. 97-116, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TANCHEV, Evgeni. Constitutional Safeguards of Legality and Legitimacy. In: KELLY, Michael (Ed.). *Openness and Transparency in Governance: Challenges and Opportunities*. Maastricht: NISPAcee, 2000.

TEIXEIRA, Matheus. *Doença infantil do lavajatismo pode acabar, mas não a Lava Jato, diz Fachin*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/doenca-infantil-do-lavajatismo-pode-estar-prestes-a-acabar-mas-nao-a-lava-jato-diz-fachin.shtml>. Acesso em: 20 out. 2022.

VIANA, Natália. *Dano colateral*: a intervenção dos militares na segurança pública. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

TRIBE, Lawrence. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Plantando tempestade*: Voto impresso colocará democracia em xeque. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2021/06/plantando-tempestade.shtml>. Acesso em: 20 out. 2022.

VITA, Álvaro de. Democracia e justiça. *Lua Nova*, v. 1, n. 50, p. 5-23, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452000000200002>.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUZA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais: cláusulas pétreas, graus de deferência ao poder constituinte derivado e defesa da democracia em contextos de retrocesso democrático. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 48, p. 217-262, jan./jun. 2023.

Recebido em: 28.04.2022.

Pareceres: 24.09.2022 e 29.05.2022.

Aprovado em: 26.09.2022.