



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

FELIPE DE ABREU FORTALEZA

**CONSTITUIÇÃO, IDENTIDADE E RIGIDEZ:
LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE EMENDA NO BRASIL E NA ÍNDIA**

**FORTALEZA
2018**

Felipe de Abreu Fortaleza

CONSTITUIÇÃO, IDENTIDADE E RIGIDEZ:
LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE EMENDA NO BRASIL E NA ÍNDIA

Trabalho de conclusão de curso apresentado na Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Dra. Gretha Leite Maia de Messias.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos
pelo(a) autor(a)

F84c Fortaleza, Felipe De Abreu.

Constituição, Identidade e Rigidez : Limitações materiais ao poder de emenda no Brasil e na Índia / Felipe De Abreu Fortaleza. – 2018.

65 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018. Orientação: Profa. Dra. Gretha Leite Maia de Messias.

1. Identidade Constitucional. 2. Democracia. 3. Emendas constitucionais inconstitucionais.

I. Título.

CDD 340

FELIPE DE ABREU FORTALEZA

CONSTITUIÇÃO, IDENTIDADE E RIGIDEZ:
LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE EMENDA NO BRASIL E NA ÍNDIA

Trabalho de conclusão de curso
apresentado na Universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial à obtenção
do título de bacharel em direito.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Gretha Leite Maia de Messias (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Juliana Cristine Diniz Campos
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A meu pai e minha mãe, que me cravaram
de afetos e sonhos a que tento fazer jus.

AGRADECIMENTOS

À Prof. Dra. Gretha Leite Maia de Messias, não só pela melhor orientação possível, mas especialmente pelo estímulo à pesquisa durante todo o curso.

Aos professores participantes da banca examinadora Raul Carneiro Nepomuceno e Juliana Cristine Diniz Campos pelo tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões.

À pesquisadora da Universidade de Yale e advogada Raeesa Vakil, pelo auxílio quanto à bibliografia acerca da estrutura básica da constituição indiana.

No mesmo sentido, ao Prof. Dr. Gary J. Jacobsohn, pela indicação de fontes acerca do trabalho de Dietrich Conrad.

Aos colegas que participaram do Grupo de Pesquisa em Direito e Democracia, projeto coordenado pela Prof. Gretha, pela troca de experiências e reflexões durante quase cinco anos.

A Ana Carolina Lessa Dantas, por apontar as falhas de minhas ideias originais para este Trabalho de Conclusão de Curso.

Às amigas que fiz nesta faculdade, sem as quais a vida cotidiana teria sido imensamente mais difícil.

Aos colegas e amigos da Defensoria Pública da União, pelo humor e pela compreensão nos dias ruins.

Aos meus amigos de sempre e para sempre, Arthur Bandeira Miranda, Guilherme Magalhães Madeira e Ricardo Gurgel da Silva Fernandes.

À minha família.

A todos que amei e amo.

“Podemos, ou não, querer um governo pelo Judiciário; contudo, em certos aspectos, nós já o temos. Podemos ou não querer que os juízes tenham o poder de fazer a lei e mesmo a Constituição; mas a verdade é que eles o tem, e mais, o exercem pronta e regularmente.” (BAXI, 1980, p. XI, tradução nossa)

“O Direito me parece um edifício construído sobre a areia. Os alicerces são fincados à medida que a estrutura cede e afunda.” – Carlos Magno Castelo Branco Fortaleza, meu pai, numa cruel epifania.

RESUMO

O presente trabalho busca compreender como a identidade da constituição é mantida rígida, e qual a justificativa democrática para limitar o poder de emenda constitucional. Para tanto, analisou-se o instituto das cláusulas pétreas, no Brasil, e da estrutura básica da constituição, na Índia. A escolha do ordenamento indiano como elemento comparativo deu-se, não só porque o reconhecimento de “cláusulas pétreas implícitas” através de construção jurisprudencial é fenômeno que incita a curiosidade, mas especialmente porque a Índia, tal qual o Brasil, é uma democracia de dimensões continentais cujo guardião é uma corte suprema com atribuições mistas. Assim, utilizou-se a bibliografia acerca da rigidez constitucional em ambos os países, bem como se fez referência às decisões da Suprema Corte Indiana. Também, na última parte do trabalho, buscou-se elencar múltiplas teorias acerca do conceito de democracia e suas respectivas consequências para a jurisdição da identidade constitucional. Entre tais teorias, as de autores como Gilberto Bercovici, Ingeborg Maus, John Hart Ely e Karl Popper despontam como as mais importantes. Como resultado da pesquisa, foi notado que não é possível dizer que a jurisdição constitucional não é política, pois a atuação das cortes constitucionais necessita de uma noção política específica acerca de democracia, baseada na inclusão ou exclusão de certos grupos. Concluiu-se que, cada um à sua maneira, Brasil e Índia notaram com razão a plausibilidade da rigidez da identidade constitucional; no entanto, a falta de uma compreensão plena de suas funções aumenta o risco de autorreferência e de tomada de poder por parte dos tribunais.

Palavras-chave: Identidade constitucional. Democracia. Emendas constitucionais inconstitucionais.

ABSTRACT

This work intends to comprehend how the identity of the constitution is kept fixed in different legal regimes, and what is the democratic justification to limiting the power of constitutional amendment. To that end, the institutes of eternity clauses, in Brazil, and basic structure of the constitution, in India, were analyzed. The choice of Indian law as comparative element was done, not just because the recognition of “implicit eternity clauses” by decisional construction is a phenomenon that incites curiosity, but specially because India, as Brazil, is a democracy of continental proportions whose guardian is a supreme court with mixed powers. Thus, the author used the bibliography about constitutional rigidity in both countries, as well as references to the decisions of the Indian Supreme Court. Also, in the last part of the work, multiple theories about the concept of democracy were listed, each one with their respective consequences to the jurisdiction of constitutional identity. Among those theories, the most important are those of Gilberto Bercovici, Ingeborg Maus, John Hart Ely and Karl Popper. As a result of the research, it was noted that it is impossible to say that constitutional jurisdiction is not political, because the work of constitutional courts needs a specific political notion about democracy, based in the inclusion or exclusion of certain groups. It was concluded that, each by its own terms, Brazil and India were right about the convenience of the rigidity of constitutional identity; however, the lack of a full comprehension of its function raises the risk of self-reference and the taking over of the courts.

Keywords: Constitutional Identity. Democracy. Unconstitutional Constitutional Amendments.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E CLÁUSULAS PÉTREAS NO BRASIL	16
2.1 O conceito de Identidade Constitucional	16
2.2 Manutenção da identidade constitucional através de cláusulas pétreas	20
2.3 Razões históricas para a amplitude das cláusulas pétreas no Brasil	24
3 IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E DOCTRINA DA ESTRUTURA BÁSICA	29
3.1 Uma breve introdução ao colonialismo, ao movimento nacionalista e ao estabelecimento do <i>Rule of Law</i> na Índia	29
3.2 Atuação da Suprema Corte e origens da doutrina da estrutura básica	33
3.2.1 <i>Golak Nath v. State of Punjab</i> (1967)	34
3.2.2 <i>Kesavananda Bharati v. State of Kerala</i> (1973)	36
3.3 A “Emergência Indiana” e a Suprema Corte	39
4 A SOBERANIA DA CONSTITUIÇÃO X A SOBERANIA DO CONSTITUINTE	43
4.1 Recapitulação e críticas: cláusulas pétreas X estrutura básica	43
4.2 Democracia pura: posições pela incompatibilidade entre rigidez constitucional e princípio democrático	46
4.3 Outras democracias: constituição mista, democracia liberal, democracia crítica e procedimentalismo	50
4.4 A identidade da constituição e os paradoxos da soberania e da tolerância na democracia moderna	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é analisar a relação entre identidade constitucional e os instrumentos de enrijecimento da constituição em duas democracias modernas: Brasil e Índia.

Alguns questionamentos fundamentais basearam este trabalho: como o conceito de identidade constitucional é utilizado pelas Cortes Constitucionais nas democracias? Como entender a jurisdição (da identidade) constitucional como elemento democrático? Qual a origem das cláusulas pétreas no Brasil?

Levantou-se algumas hipóteses; primeiramente, que tanto na Índia como no Brasil a identidade constitucional remonta à jurisprudência germânica, em especial do pós-guerra. Propôs-se ainda que a fixidez do texto constitucional, baseada numa ideia de identidade, pode dar excessivo poder aos tribunais, mas em algum grau também pode ser considerada democrática. Propôs-se, enfim, que a jurisdição constitucional não pode ser entendida como “não política”, pois depende de uma visão específica de democracia.

A ideia para esta pesquisa surgiu da leitura e admiração dos trabalhos de Gilberto Bercovici e Ingeborg Maus. A crítica à jurisdição constitucional e à fixidez da constituição é uma ferramenta poderosa, que descortina os interesses latentes habitando o sistema político e levanta questões de suma importância acerca do tipo de sociedade que se deseja.

Os democratas radicais, portanto, possuem no momento mais sofisticação e mais rigor do que os defensores da jurisdição constitucional. Se uma teoria ganha terreno e parece incontestável, faz-se necessário desafiá-la e propor alternativas. Pode-se dizer, assim, que este trabalho é uma tentativa de crítica da crítica: uma defesa, embora parcial e condicionada, da identidade da constituição enquanto imutabilidade.

O modelo que se alcançou ao final da pesquisa – de fato, somente nas últimas páginas do trabalho – não apresenta muitas certezas. É tão somente uma hipótese a mais a se avaliar e criticar. Se aceito, porém, pode apresentar alguma utilidade para medir o quão legítimo é o comportamento das cortes constitucionais, quer no Brasil, na Índia ou em qualquer outro ordenamento. A busca de um critério

para a avaliação racional da política (e a jurisdição, como se verá, é política) está, portanto, no cerne deste humilde esforço teórico.

Na primeira parte do trabalho, o objeto estudado é o próprio conceito de identidade constitucional e sua importância para a constituição brasileira. A identidade constitucional, propõe-se, é legado germânico relativamente recente – apesar de haver precedentes constitucionais que remontam à primeira república – e possui expressão institucional através das cláusulas pétreas.

Na segunda parte, traz-se, de início, um panorama da história jurídica da Índia. Considerou-se importante introduzir o leitor ao ordenamento indiano através da lente histórica porque, de fato, trata-se de tema extremamente distante do imaginário brasileiro. No entanto, buscou-se demonstrar o quão politicamente similares são Brasil e Índia. Esta similaridade acaba por ser mais relevante do que eventuais diferenças devidas ao *common law*, inclusive no que diz respeito à jurisdição constitucional.

Na última parte do trabalho, faz-se primeiro uma breve recapitulação e comparação entre cláusulas pétreas no Brasil e estrutura básica da constituição na Índia. Neste momento, as fraquezas e forças dos dois modelos são averiguadas. Este, porém, não é o elemento mais importante do capítulo: tal mérito é devido à exposição das teorias críticas à jurisdição constitucional e das visões contrastantes acerca da democracia (e de como elas se relacionam com a identidade constitucional).

2 IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E CLÁUSULAS PÉTREAS NO BRASIL

Antes de se adentrar nas questões relativas às cláusulas pétreas e a como se relacionam com a ideia de identidade constitucional, é preciso delimitar tal ideia. O conceito de identidade constitucional é influente nas doutrinas das cortes constitucionais em todo o mundo, como se tentará mostrar posteriormente; contudo, trata-se de termo nebuloso e de consequências jurídicas incertas (ROSENFELD, 2012), e por tal razão requer particular cuidado.

2.1 O conceito de Identidade Constitucional

Tanto Rosenfeld (2012) quanto Jacobsohn (2010) apontam como primeiro registro da noção de identidade constitucional a Política de Aristóteles. Na obra, o filósofo afirma que o que faz com que um Estado permaneça o mesmo ou torne-se outro – isto é, o critério para sua identidade – não é seu espaço físico ou seus habitantes; em vez disso, é a constituição o princípio pelo qual o Estado se perpetua ou se transforma (ARISTÓTELES, 1998). É preciso ter em conta, todavia, que a noção de constituição aristotélica difere da noção moderna:

Chamamos realza à que visa o interesse comum. Chamamos aristocracia à forma de governo por poucos [...]. Finalmente, quando os muitos governam em vista ao interesse comum, o regime recebe o nome comum a todos os regimes: “regime constitucional” (ARISTÓTELES, 1998, p. 211).

Constituição, Regime e Governo são termos intercambiáveis n’A Política. Tratam da “[...] situação total da unidade e ordenação políticas” (SCHMITT, 1982, p. 29, tradução nossa). Assim, o problema da identidade constitucional em Aristóteles culmina na investigação do modo como se dispõe e se estrutura a autoridade soberana. Quando a constituição transita entre as três formas básicas de regime ou entre as formas “desvirtuadas” (tirania, oligarquia e democracia), tem-se uma nova identidade e, assim, um novo Estado.

Embora comumente os contemporâneos se refiram à constituição em sentido normativo, e não concreto, os dois conceitos não podem ser totalmente apartados, pois normas constitucionais possuem pretensão de eficácia sobre a realidade total do Estado. Ademais, há o caso da constituição costumeira, que, ao

criar juridicidade a partir dos usos, esfumaça a divisão entre concretude e norma. Exemplo é, segundo Bonavides (2013), a constituição da França pré-revolucionária, composta de normas consuetudinárias vinculantes e rígidas, intocáveis para a atividade legislativa.

Carl Schmitt (1982) afirma que a constituição, a decisão fundamental sobre o Estado, não é reconhecível na forma de regras ou leis específicas, individualizadas, mas na totalidade e unidade de tal decisão. Nesta totalidade é possível reconhecer a ideia de uma identidade, que não pode ser atingida por meras “Leis Constitucionais”.

Rosenfeld (2012) lista três definições possíveis de identidade constitucional. Primeiro, a identidade pode ser entendida como o conjunto das consequências que possuir uma constituição acarreta para a identidade do Estado; segundo, pode ser entendida como mero conteúdo das normas constitucionais; por fim, é possível equacionar a identidade ao contexto constitucional – a soma das práticas, interpretações e usos da constituição.

Jacobsohn (2010) se aproxima desta última acepção proposta: para o autor, uma constituição adquire uma identidade através do diálogo e aspirações políticas que a orbitam, o que determina interpretações e aplicações específicas. O texto constitucional pode indicar o desejo de estabelecer uma determinada identidade em prejuízo de outras, mas a intenção originária do constituinte é incapaz de deter a renovação constitucional, concretizada através da prática reiterada da comunidade.

A abordagem dos autores americanos (entre eles, Rosenfeld e Jacobsohn) aproxima identidade constitucional e formação da identidade do povo; já os alemães e, por influência, os europeus em geral dão conotação iminentemente textual à identidade constitucional. Tratar-se-ia de legado das ideias de Schmitt e de Carl Bilfinger (POLZIN, 2016).

Uma possível definição provisória de identidade constitucional deve levar em conta as práticas das cortes e a interpretação dos sujeitos de direito, sem deixar de lado o significado “imediato” do texto como fonte primária. Assim, identidade constitucional é a totalidade de sentido de uma constituição, inserida em seu contexto de compreensão e aplicação.

Adotando-se esta definição provisória, conclui-se que a identidade constitucional pode ser alterada, quer por mutação constitucional (âmbito da compreensão e aplicação), quer por reforma (âmbito textual), ou mesmo por revolução e novo ato originário do poder constituinte.

Há aqui, porém, uma polarização teórica e, especialmente, ideológica: deve-se aceitar a abertura da identidade constitucional para a mudança ou, ao contrário, a ideia de soberania da constituição requer que se proteja, por mecanismos jurídicos, seus aspectos mais intrínsecos?

Modificar a constituição, para Schmitt (1982), não é ato ordinário do Estado e, portanto, não pode ser feito de modo ilimitado. O limite do poder de reforma constitucional se encontraria no próprio significado de “reforma”: poder-se-ia mudar algumas normas constitucionais isoladas, mas não sua identidade; do contrário, não se teria reforma, e sim destruição da constituição.

Mesmo raciocínio elabora Marbury (1919), opondo-se ao que percebeu como uma ideia, por parte da maioria dos juristas americanos, de intangibilidade das emendas constitucionais. Marbury preocupa-se especialmente com a hipótese de que, através de emendas, o poder de certos estados da federação tenda a desaparecer, sendo transferido para o governo central, pondo em risco o próprio fundamento federalista em que se baseia a constituição americana – o que significaria destruição tanto da identidade constitucional como da nacional.

É lícito perceber como consequência desta corrente de pensamento a proposta de que todas as constituições possuem certos componentes acidentais, mutáveis, e outros tantos nucleares e essenciais. Trata-se do reconhecimento, ao menos em tese, da possibilidade de se estabelecer regras mais claras e rígidas para a modificação de parte do corpo constitucional, quer por precedente judicial, quer por norma escrita – dois modelos que serão visitados no decorrer deste trabalho.

Por outro lado, não é simples compatibilizar conceitualmente soberania popular e limitações ao poder de emenda. Nas democracias modernas, há vozes em promoção de um princípio republicano puro. Para Bercovici (2008), Thomas Jefferson é o maior exemplo desta ideologia entre todos os líderes americanos: é o que mais se aproximou da defesa de uma soberania popular absoluta através da revolução permanente.

Jefferson vê a constituição rígida como governo dos mortos sobre os vivos, e defende o eterno direito ao exercício do poder constituinte. Em suas palavras,

Toda geração é tão independente quanto a que a precedeu, pois foi assim com todos os que vieram antes. Ela [a geração] tem, então, o direito de escolher para si a forma de governo que acredita ser a que mais promoverá sua própria felicidade; conseqüentemente, [um direito] para acomodar as circunstâncias em que se encontra, que recebeu de seus predecessores; e é pela paz e bem da humanidade que a oportunidade de fazê-lo a cada dezenove ou vinte anos seja prevista pela constituição, para que a mesma possa ser repassada, com reparos periódicos, de geração em geração, até o fim dos tempos, se algo humano puder até lá perdurar. (JEFFERSON, 2004, p. 216, tradução nossa)

De certo modo, a disputa pela rigidez ou flexibilidade da constituição é a disputa pelo poder de definir uma identidade. Se é assim, pode-se dizer que na maior parte do mundo a visão de Jefferson foi derrotada ou esquecida.

Isto pode ser verificado nos seguintes fenômenos atuais: as chamadas *entrenchment clauses* – “cláusulas de entrincheiramento” – são hoje lugar-comum, estabelecendo dificuldades consideráveis para o procedimento de reforma, como quórum legislativo diferenciado; países como Brasil, Portugal, Alemanha, etc. vão mais além, adotando as “cláusulas de eternidade”, mais conhecidas no Brasil como cláusulas pétreas; nações-membros da União Europeia não raro se utilizam da doutrina da identidade constitucional para fundamentar decisões que limitam a integração supranacional (FARAGUNA, 2016).

A fim de julgar como acerto ou erro o apelo a uma identidade fixa que é preponderante no constitucionalismo atual, não basta avaliar as intenções históricas dos primeiros teóricos da questão. Schmitt propôs a existência de limites ao poder de reforma em razão de uma base autoritária de sua filosofia política, enquanto Jefferson propôs um poder constituinte vivo na esperança de amadurecimento do povo. No entanto, as conseqüências práticas de cada um dos modelos podem ser, a princípio, totalmente diversas da intenção original. O problema da compatibilização entre rigidez constitucional e princípio democrático será tópico do último capítulo deste trabalho.

2.2 Manutenção da identidade constitucional através de cláusulas pétreas

Segundo Bonavides (2013), as limitações explícitas do poder de reforma constitucional podem ter natureza temporal, circunstancial ou material. Na Constituição Federal de 1988, não há exemplos de restrições temporais; circunstanciais seriam aquelas previstas pelo artigo 60, parágrafo 1º: “ a constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. ” Somente as de natureza material, porém, marcam como imutáveis comandos específicos, e não a generalidade da constituição. Estes comandos são as cláusulas pétreas, previstas no artigo 60, parágrafo 4º:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

É notável que o Brasil adote tamanha rigidez, sendo justificada a reconstrução, mais à frente, dos motivos para tanto. Perceba-se: a constituição em sentido moderno é bastante recente, e rapidamente – em dois séculos e meio, a se contar da constituição americana – tornou-se *standard* para os Estados-Nações; por outro lado, cláusulas pétreas difundiram-se de modo muito mais limitado, não gozando da mesma popularidade (HEIN, *online*).

Enquanto a propagação do constitucionalismo esteve ligada a independências e revoluções, bastando aqui pensar nos Estados Unidos, na Inglaterra e na França, limitações ao poder de emenda parecem ser sintomáticas do ceticismo político subsequente a regimes autoritários. Evidência disso é o fato da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais ter se consolidado na Alemanha pós-Hitler (JACOBSON, 2010).

Deduz-se, então, que as cláusulas pétreas são mais raras nas democracias maduras. Pois, como coloca Bulos (1996), naquelas, a estabilidade é real; em outros termos, a identidade estatal já é rígida por natureza, sendo desnecessária a rigidez da identidade constitucional. Já em democracias em desenvolvimento ou em crise, seria importante uma estabilidade artificial, advinda da complexidade do processo de emenda.

A cláusula pétrea é um instrumento extremamente cômodo para os defensores da rigidez constitucional. Sua inserção no texto constitucional inverte o ônus da prova; isto é: no caso de constituições flexíveis, o que importa provar é a conveniência da mudança, estando a juridicidade pressuposta; no caso de constituições rígidas, o constituinte derivado precisa provar tanto conveniência como juridicidade.

A identidade como totalidade de sentido é o objeto último protegido por esta inversão. A doutrina entende que as cláusulas pétreas não necessariamente impedem a mudança da redação das normas, mas sim dos significados dos princípios nelas esculpidos (MENDES e BRANCO, 2017). Ora, só se extrai com exatidão o sentido normativo constitucional a partir de uma análise sistemática, o que quer dizer que, indiretamente, a identidade constitucional é levada em conta ao se declarar inconstitucional uma emenda. Segundo Canotilho,

A ideia de limitação do poder de revisão, no sentido apontado, não pode divorciar-se das *conexões de sentido* captadas no texto constitucional. Desta forma, os limites materiais devem encontrar um mínimo de recepção no texto constitucional, ou seja, devem ser *limites textuais implícitos*. (2003, p. 1066, grifo do autor)

Assim, embora as cláusulas pétreas sejam, a princípio, limitações materiais explícitas à faculdade de emendar a constituição, elas necessariamente se coadunam com limitações de natureza tácita, a fim de que a fixidez da identidade constitucional seja efetiva. Estas limitações tácitas abrangem, na constituição brasileira, ao menos as seguintes imutabilidades: a do procedimento de emenda em si, a do próprio parágrafo 4º do artigo 60 e a dos direitos fundamentais não previstos no Título II da constituição (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”).

A constituição não pode ser lida de modo a tornar vazias suas normas. Entre uma interpretação que anula a efetividade política do texto constitucional e outra que a potencializa, deve-se usar da última. Do contrário, estar-se-ia a abandonar o próprio conceito de supremacia da constituição, que nada mais é, para Virgílio Afonso da Silva (2001), do que decorrência da rigidez. Assim, Afonso da

Silva questiona qual seria a função, por exemplo, do parágrafo 2º do artigo 60¹, se este pudesse ser alterado pelo próprio processo que estipula.

Bastaria o quórum de 3/5 ser alcançado uma única vez, a qualquer momento da existência do parlamento, para destituir de propósito a letra da constituição. O fato de haver duas votações “[...] nada muda e nada dificulta, pois se a primeira foi feita justamente tendo em vista a segunda, em cinco minutos poder-se-á destruir a base de todo o regime” (SILVA, 2001, p. 30).

Pela mesma razão – isto é, vedação à interpretação contra a constituição e sua supremacia – não é tolerável a tese da dupla emenda quanto àqueles quatro incisos fundamentais que estabelecem as cláusulas pétreas. Se fosse possível emendar o parágrafo 4º de modo que o princípio federativo não constasse mais entre as cláusulas pétreas e pudesse, ele mesmo, ser emendado, qual seria o objetivo da petrificação deste ou de qualquer princípio?

Há, além da questão funcional, outro ponto interpretativo importante. O *caput* do parágrafo 4º veda qualquer emenda “tendente a abolir” os princípios que elenca. Ora, uma emenda que retira a proteção pétrea de tais princípios já ameaça a existência dos mesmos e tende a aboli-los, devendo ser vedada. Como afirma Pedra (2006), o termo “abolir” abarca ameaças diretas e indiretas voltadas ao núcleo sensível da constituição.

A limitação implícita concernente a direitos fundamentais dispersos pelo texto constitucional difere um pouco das outras duas limitações: exige uma tarefa jurisdicional cuidadosa de apontá-los e agregá-los racionalmente sob a proteção do parágrafo 4º, inciso IV. Necessita-se de um critério para chamar de fundamentais certos direitos e garantias constitucionais e não outros.

Esta necessidade decorre da abertura do parágrafo 2º do artigo 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Quando não há especial cuidado no

¹ “§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”

tratamento da matéria, o ato de “descobrir direitos fundamentais” dá vazão ao ativismo judicial, à arbitrariedade e ao solipsismo.

Por outro lado, é inegável que existe uma abertura interpretativa, perigosa que seja. Não se pode concordar, como em Ferreira Filho (1995), com a tese de que o constituinte previu, sem lacunas, o núcleo intangível da constituição, de modo a impedir as investigações hermenêuticas dos juristas. Como dito, a própria redação constitucional demonstra serem estas investigações possíveis.

Segundo Marmelstein (2016), só devem ser considerados direitos fundamentais aqueles que possuem hierarquia constitucional e que sejam expressões da dignidade da pessoa humana ou do princípio da limitação do poder. A tentativa de Marmelstein através desta conceituação mais restritiva é exatamente evitar a desvalorização dos direitos fundamentais: sua banalização na lógica discursiva do direito.

Sarlet (2012) cita como reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência os direitos fundamentais implícitos à identidade genética da pessoa humana, à identidade pessoal, aos sigilos fiscal e bancário etc. Tais direitos seriam, assim, também cláusulas pétreas.

De todo modo, não cabe aqui o aprofundamento desta matéria, que é extensa e merece pesquisa própria. Basta dizer que é possível chamar de fundamentais os direitos que, embora o sejam materialmente, careçam da mera rotulação, como também é possível, em tese, derivar direitos fundamentais da unidade de sentido constitucional.

Finalmente, deve ser dito que não é perfeitamente claro se todos os direitos elencados no título II da constituição são fundamentais. Ocorre que partir de outra premissa seria bastante deletério. Marmelstein (2016) comenta assim o problema dos direitos “menores”, como

[...] o direito de marca, o direito ao lazer (art. 6º) ou mesmo o direito dos trabalhadores à participação nos lucros das empresas, entre outros semelhantes. São direitos importantes, mas talvez não tão essenciais. Poderiam perfeitamente estar fora do Título II ou até mesmo fora da constituição.

Mesmo assim, por uma questão de segurança jurídica, é melhor considerar que todos os direitos que estão no Título II são fundamentais. Há, nesse caso, uma presunção de que as normas ali previstas possuem alguma

ligação com a dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder, ainda que essa ligação seja imperceptível. (p. 21)

Portanto, frente à problemática das componentes formal X material dos direitos fundamentais, dá-se peso maior, neste caso, à formal – o que novamente pode ser explicado pelo risco de esfacelamento da identidade constitucional.

2.3 Razões históricas para a amplitude das cláusulas pétreas no Brasil

A constituição imperial de 1824 não possuía qualquer cláusula pétrea (PEDRA, 2006). Para Andrade (2009), isto não significaria falta de rigidez constitucional, pois ela estaria consagrada no artigo 178, embora a partir de um critério material, e não formal:

Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.

Ocorre que a mera diferenciação conceitual entre matéria constitucional e matéria ordinária não é suficiente para afirmar ser rígido o texto. As “formalidades referidas”, previstas nas normas dos artigos 174 a 177, não traziam dificuldades sensíveis para a reforma, para além de um quórum de um terço dos deputados para a propositura da emenda (artigo 174). Na verdade, segundo Nogueira (2012), a constituição de 1824 foi, provavelmente, a mais flexível e adaptável que já houve no Brasil.

Um fato aparentemente contradiz esta alegação: a única reforma genuína à constituição ocorreu com o Ato Adicional de 1834, durante o período da regência. No entanto, esta ausência de reformas pode ser devida, menos a uma suposta rigidez constitucional, e mais a um grande espaço de manobra à disposição do legislador em questões de natureza ordinária e por uma relativa estabilidade política alcançada durante o Segundo Império.

Deste modo, não foi a constituição de 1824 a que inaugurou a tendência de rigidez no Brasil, mas a de 1891 com seu artigo 90, cujos três primeiros parágrafos estabeleciam dificuldades procedimentais. Já o parágrafo 4º estabelecia cláusulas pétreas, em formulação muito semelhante à atual:

Art 90 - A Constituição poderá ser reformada, por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembléias dos Estados.

[...]

§ 4º - Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado.

O republicanismo dos militares teve por inspiração os Estados Unidos, o que se vê na adoção do quórum de dois terços e na imutabilidade da “igualdade da representação dos Estados no Senado”, tendo por base a parte final do artigo 5º da constituição americana, que prescreve que “[...] nenhum Estado, sem seu consentimento, será privado de seu sufrágio igualitário no Senado” (tradução nossa).

As constituições de 1934, 1946 e de 1967 mantiveram como cláusula pétrea o republicanismo e a federação. A constituição de 1937, porém, não trouxe quaisquer limitações materiais ou procedimentais, sendo comparável, assim, à de 1824 (PEDRA, 2006), inclusive no que diz respeito ao quórum de maioria absoluta.

Em suma: desde 1891 é possível falar de uma “tradição de rigidez constitucional”, que, embora brevemente abandonada durante o Estado-Novo, perdura até hoje, e que está grandemente relacionada aos momentos de instabilidade democrática.

A constituição de 1988, porém, faz mais do que seguir esta tradição: não só adota as cláusulas pétreas, instrumento peculiar e infrequente, mas também se trata da constituição com o maior rol de limites materiais expressos (Pedra, 2006), haja vista as elaborações em tópicos anteriores.

Cabe dizer que o anteprojeto da constituição, elaborado pela Comissão Afonso Arinos, ainda não possuía cláusulas pétreas abrangentes, considerando imutáveis tão somente os princípios federativo e republicano.

Art. 436 – A Constituição poderá ser emendada.

[...]

§ 8º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.

Nisto, só fez replicar, letra por letra, a redação do parágrafo 1º do artigo 47 da constituição de 1967². Os momentos decisivos para as cláusulas pétreas se deram, então, no desenrolar das discussões da assembleia constituinte. Nos arquivos da constituinte, o registro mais antigo de proposta no sentido de alargar as limitações ao poder de emenda é a sugestão nº 1.330, do constituinte Joaquim Bevilacqua:

SUGESTÃO Nº 1.330

Acrescente-se ao texto constitucional o seguinte: “Não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir a Federação ou a República ou a limitar direitos e garantias individuais.”

Justificação

O objetivo primacial das modernas Constituições está na organização do Estado e na fixação dos direitos e garantias individuais. Natural, portanto, que nossas Constituições republicanas tenham iterativamente proclamado a intangibilidade da Federação e da República; mas não é menos certo se deva declarar a intocabilidade dos direitos e garantias individuais, como o faz a presente proposição. Sala das Sessões, 22 de abril de 1987 – Deputado Joaquim Bevilacqua. (BRASIL, 1987, p. 163)

Esta proposta é sintomática das influências doutrinárias recebidas pelo Brasil. Segundo Bonavides (2013), é possível separar o Brasil em três momentos constitucionais: durante o Império, um modelo francês e inglês de constitucionalismo; até o fim da República Velha, um constitucionalismo de ruptura com o anterior, com fundamentos norte-americanos; por fim, a fase atual, de inspiração constitucional alemã.

Como previamente abordado, a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais surgiu na Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial. Depois de duas gerações fatigadas pela guerra, as constituições passaram a representar uma esperança contra o cerceamento de direitos, esperança que deveria ser protegida por instrumentos jurídicos próprios (BRANCO, 2017). Neste sentido, a tese da identidade constitucional de Schmitt encontrou espaço para propagar-se, e a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, estabeleceu cláusulas pétreas em seu artigo 79(3)³ (POLZIN, 2016).

² Antes da emenda Nº 1 de 1969, o dispositivo se encontrava no parágrafo 1º do artigo 50.

³ Art. 79 (3) Emendas à esta Lei Fundamental afetando a divisão da Federação em Estados, sua participação em princípio no processo legislativo, ou os princípios inscritos nos artigos 1 a 20 serão inadmissíveis. (tradução nossa).

Segundo Maia (2009), a ideia de que os direitos fundamentais decorrem de um *ethos* comum objetivado na constituição, cuja formulação principal se encontraria em Rudolf Smend, ganhou força na Europa Continental e na América Latina. O despontar doutrinário da sistematização dos direitos fundamentais como entendidos pelo *Bundesverfassungsgericht*, a corte constitucional alemã, coincidiu com o período ditatorial brasileiro.

Quando a obra de Robert Alexy *Theorie der Grundrechte* (“Teoria dos Direitos Fundamentais”) foi publicada em 1985, os brasileiros possivelmente já tinham alguma noção da jurisprudência alemã, através da doutrina portuguesa. Por meio desta, os juristas podem ter entrado em contato com ambas as teorias da identidade constitucional e dos direitos fundamentais.

A constituição portuguesa de 1976 estipula ainda mais limitações materiais ao poder de emenda do que a brasileira. Seu artigo 288 possui 14 alíneas, abarcando “os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”, “o sufrágio universal, direto, secreto e periódico”, “a separação das igrejas do Estado”, etc. É muito provável que tenha servido, assim, de fonte para o alargamento das cláusulas pétreas no Brasil.

Era especialmente interessante o contexto político português em 1976: tratava-se do resultado da Revolução dos Cravos, também uma redemocratização. Com base popular, pôs fim ao regime salazarista, uma das mais duradouras ditaduras do século XX:

Esta conquista democrática pode ser exemplificada no comportamento popular a partir da queda do regime: invasão da sede da PIDE, dos órgãos de censura, concentração em frente aos fortes de Peniche e Caxias exigindo a libertação de todos os presos políticos. Por fim, as conquistas das liberdades fundamentais que se mantiveram após 1976 (MARTINHO, 2017, p. 474).

Intencionando garantir estas conquistas, a “legalidade jurídica” se sucedeu à “legalidade revolucionária” (MARTINHO, 2017), petrificando os direitos fundamentais. Mais evidências de que as cláusulas pétreas são produtos históricos de momentos conturbados, quer no Brasil, na Alemanha ou em Portugal.

Uma vez analisado, histórica e juridicamente, o exemplo brasileiro, cabe agora avaliar outro “filho” do constitucionalismo alemão: o caso indiano, em que o

common law e a identidade constitucional se amalgamaram de forma absolutamente inédita.

3 IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E DOCTRINA DA ESTRUTURA BÁSICA

A história da Índia é assunto incrivelmente amplo e fértil. Fundamentalmente, a história moderna do povo indiano é definida pelo choque entre culturas e a busca por uma identidade própria. Particularmente relevante para este trabalho é a construção da Índia como Estado-Nação; assim, delimita-se com o início das atividades econômicas inglesas na região, por volta de 1600, passando pelo predomínio da Companhia das Índias Orientais, o posterior governo da Coroa Britânica, até a independência em 1947 e os conflitos após a mesma.

3.1 Uma breve introdução ao colonialismo, ao movimento nacionalista e ao estabelecimento do *Rule of Law* na Índia

O Direito tradicional indiano, anterior à colonização britânica, não era pautado no caráter positivo das normas, mas em seu aspecto moral-religioso: o *Darma*, conjunto de regras eternas a prescrever o funcionamento do mundo, previstas nos *Sastras* e outros textos sagrados, bem como nos entendimentos consuetudinários (GIRI, 2006). Era um sistema, portanto, representativo da indistinção entre leis naturalísticas e leis positivas de comportamento, e que, por seu atributo holístico, vinculava homens comuns e monarcas.

A ideia de legalidade estrita ou de governo da lei em contraposição ao dos homens advém, no contexto indiano, do pensamento britânico e se coaduna à “missão civilizatória” e à condescendência com os nativos, que eram vistos como vítimas de governos despóticos (KOLSKY, 2010). A incompatibilidade entre esta visão de lei e o direito tradicional levará a importante e contraditório legado, que perdura hoje nos conflitos entre a centralidade do governo e a expressividade das castas, autoridades religiosas etc.

O domínio dos ingleses no subcontinente se concretizou num longo processo, a começar pelas autorizações de comércio com os nativos, dadas pela Coroa Britânica à Companhia das Índias Orientais. Posteriormente, esta teve reconhecida sua autoridade jurisdicional, e “o Direito da Companhia efetivamente transformou indianos em alienígenas em suas próprias terras” (KOLSKY, 2010,

tradução nossa). Neste sentido, a Companhia tornou-se comparável a um Estado hegemônico em alguns territórios.

Após conflitos com o Império Mugal, os ingleses tornaram Bengala um protetorado seu. Em 1772, o parlamento britânico instituiu o primeiro governo-geral de Bengala, encabeçado por Warren Hastings. Com o governo deste e o auxílio de juristas e orientistas, em particular Sir William Jones, juiz da Corte Suprema de Calcutá, a Inglaterra iniciou a codificação do Direito local e a introdução sistemática de direitos de propriedade com feições ocidentais (GIRI, 2010).

A codificação era um entre muitos instrumentos com finalidade de domínio, e encontrava razão nas exigências administrativas do colonialismo. O projeto codificador de Hastings, porém, não abusou de mudanças normativas, evitando perturbar a sociedade local onde a revolta era mais provável. Deixou, por exemplo, não codificada uma porção considerável do direito civil, particularmente no que dizia respeito à situação jurídica dos muçulmanos indianos (ACHARYYA, 1914). O código penal indiano, que descartou em grande parte o direito criminal maometano e hindu, só veio a ser aprovado em 1860 (ACHARYYA, 1914; GIRI, 2010).

Tratou-se, ainda assim, de uma ruptura drástica com o sistema jurídico nativo, ruptura que se tentou legitimar como promessa de ordem e segurança. No entanto, a falta de controle sobre os crimes cometidos por europeus contra indianos (KOLSKY, 2010), o modelo latifundiário e decadente de propriedade instituído pelo governo de Cornwallis, após Hastings (GIRI, 2010), e a violência econômica exercida pelos ingleses, entre outros elementos, colocaram em grande dúvida a capacidade da Inglaterra de estabelecer justiça.

Em 1857, o medo da conversão forçada ao cristianismo, os descontentamentos com a tributação excessiva por parte da Companhia e o desestímulo da economia local em benefício das importações inglesas levaram à Revolta dos Sipaios (CHANDRA et alia, 2012), a primeira a ter caráter nacional. A ameaça fez com que a Coroa Britânica buscasse controle direto, encerrando as atividades administrativas da Companhia das Índias Orientais.

Nas décadas subsequentes correntes nacionalistas começam a aparecer e em 1885 é fundado o Congresso Indiano. Originalmente visto pelo Raj Britânico

como uma organização de debates inócua, o Congresso progressivamente obteve voz ativa e autonomia frente ao Vice-Rei⁴. Em 1906, os congressistas anunciaram que seu objetivo era o *Swaraj*, ou autogoverno (CHANDRA et alia, 2012).

O enfraquecimento político e econômico inglês devido à Primeira Guerra Mundial foi uma oportunidade para os nacionalistas indianos, e seu fim foi contemporâneo à ascensão de Gandhi. Em resposta aos reclames e na tentativa de manter o que restava de seu controle, o parlamento inglês aprovou o *Government of India Act* (1939), transferindo parte do poder provincial para assembleias legislativas eleitas (JUDD, 2005).

Com o início da Segunda Guerra, as tensões políticas culminaram em forte repressão ao Congresso, ao movimento *Quit India* (“Saíam da Índia”) e a seus ideólogos nacionalistas, pacifistas e de esquerda. Protestos baseados no *satyagraha* (princípio de não violência), com Gandhi enquanto figura central, levantes camponeses e movimentações estudantis e de trabalhadores continuaram a ter lugar; em 1947, enfim, o Vice-Rei anunciou que os ingleses estariam em breve deixando a Índia (CHANDRA et alia, 2012).

Cabe dizer que a independência foi um processo traumático, especialmente em razão dos morticínios entre hindus e muçulmanos, e o deslocamento destes últimos em direção ao Paquistão – cuja criação foi conquista de um nacionalismo islâmico concorrente –, efetivamente causando uma crise migratória.

Durante a Assembleia Constituinte (1947-1949), não houve esforço no sentido de retomar o direito tradicional baseado no *Darma*. Na constituição de 1949, o judiciário obteve ampliação de poder e garantias de autonomia. O direito indiano tornou-se uma forma de direito inglês, com enfoque em precedentes e na virtude dos juízes e advogados (GIRI, 2010), e isto não foi modificado com a independência.

Em contraste à constituição não escrita inglesa, porém, a indiana é a mais longa no mundo, com 448 artigos. Tem forte caráter programático, e os projetos do secularismo e do socialismo nela presentes (em seu preâmbulo, estabelece o país

⁴ Denominação do Governador-Geral após 1857.

como “República Democrática Secular Socialista”) são extremamente ambiciosos, haja visto o papel da religião e a enorme diversidade étnico-cultural no país.

A proposta dos constituintes e do governo do Primeiro-Ministro Jawarhalal Nehru, considerado o legítimo sucessor de Gandhi (GUHA, 2010), era utilizar o Estado como meio de transformação profunda da sociedade indiana, o que dependeria, entre tantos fatores, do funcionamento da Suprema Corte Indiana.

O governo de Nehru procurou construir um Estado de Bem-Estar Social e, portanto, o Primeiro-Ministro se mostrou descontente com os membros mais conservadores da Suprema Corte, que davam ênfase ao direito de propriedade em detrimento aos direitos sociais. A principal questão desafiada pelo governo e pelos ministros progressistas era o *Zamindar*, a terra em regime latifundiário (MATE, 2010).

Até hoje, a tensão entre as frações conservadora e progressista da Corte permanece (GIRI, 2010). Para Upendra Baxi (2016), na qualidade de aparelho ideológico do Estado, a Corte ajudou a implementar políticas importantes, mas também reconheceu a validade de leis coloniais e pós-coloniais contrárias a direitos humanos.

Neste e em muitos outros aspectos, o contexto indiano se assemelha ao brasileiro. Com a independência, a Índia tornou-se, numericamente, a maior democracia na Terra (BODLAK, 2016), dotada de uma constituição analítica e programática e de uma Suprema Corte com vastas competências.

De fato, mais competências do que o próprio Supremo Tribunal Federal: além de julgar recursos, exercer funções originárias e encabeçar a administração judiciária, a Suprema Corte Indiana possui poderes consultivos, como ilustrado pelo artigo 143(1) da constituição:

143. (1) Se a qualquer tempo parecer ao Presidente que uma questão de lei ou fato emergiu, ou provavelmente emergirá, sendo de tal natureza e de tal importância pública que é conveniente obter a opinião da Suprema Corte sobre a mesma, ele poderá referir a questão à Corte para consideração e a Corte poderá, após ouvir da maneira que achar cabível, reportar ao Presidente sua opinião. (tradução nossa)

Embora a constituição indiana já previsse amplos poderes, os dois principais motivos para o protagonismo da Corte surgiram através da práxis: seu

papel de governança e efetivação de direitos fundamentais e a função de estabilização do texto constitucional (MATE, 2010). Esta última foi consolidada através da *Basic Structure Doctrine* (doutrina da estrutura básica), consequência da adoção da identidade constitucional como um critério na atuação da Corte.

3.2 Atuação da Suprema Corte e origens da doutrina da estrutura básica

Diversos autores referem ou identificam a doutrina incipiente no pensamento do jurista alemão Dietrich Conrad (BODLAK, 2016; JACOBSON, 2010; KHOSLA, 2016; NOORANI, 2001). Em uma de suas viagens à Índia (1965), Conrad, escolástico da Universidade de Heidelberg, apresentou a palestra “*Implied Limitations of the Amending Power*”, na Universidade Banaras Hindu, em Varanasi. Conrad comentou acerca das cláusulas pétreas e do artigo 79(3) da Lei Fundamental alemã (BODLAK, 2016), e buscou antecipar pontos que poderiam ser problemáticos, na Índia, acerca do poder de emenda.

Poderia uma emenda constitucional abolir o Artigo 21, de maneira que dali em diante uma pessoa pudesse ser privada de sua vida ou liberdade pessoal sem autorização por lei? Poderia o partido do governo, ao ver sua maioria minguar, emendar o artigo 368 de forma que o poder de emenda passasse a estar com o Presidente, agindo sob o conselho do Primeiro-Ministro? Poderia o poder de emenda ser usado para abolir a Constituição e reintroduzir, digamos, o governo de um imperador Mugal ou da Coroa Britânica? Não quero, propondo tais questões, provocar respostas fáceis. Mas gostaria de lhes familiarizar com a discussão que foi travada sobre tais questões entre os juristas constitucionais da Alemanha no período de Weimar – discussão, aparentemente acadêmica de início, mas subitamente ilustrada pela história de maneira drástica e terrível. (CONRAD apud NOORANI, 2001, tradução nossa)

Khosla (2016) cita também, enquanto origem da doutrina, o ministro da Suprema Corte J. R. Mudholkar, que, ao votar no caso *Shankari Prasad v. Union of India* (1951), falou de “características básicas” da constituição e comentou uma decisão da Suprema Corte do Paquistão que firmou a imutabilidade do sufrágio universal e da forma de governo.

Paralelamente à introdução da doutrina da identidade constitucional, a Índia adentrava um período político peculiar: terminava o momento novo e eufórico da independência; morria Jawarhalal Nehru em 1964; o Partido do Congresso perdia

maioria, e uma nova classe estava em ascensão no parlamento: o político profissional (BAXI, 1980).

Foi nesta época que a Corte decidiu, pela primeira vez, pela possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas, num movimento estratégico que lhe deu instrumentos para se tornar, dentro do possível, uma “sentinela” da democracia.

3.2.1 *Golak Nath v. State of Punjab* (1967)

Em 1964, os herdeiros de Henry Golak Nath, latifundiário do Punjab, opuseram-se ao modo como suas terras seriam utilizadas para reforma agrária. Alegando que o direito de propriedade havia sido restringido por diversas emendas aprovadas desde 1951, e que as mesmas poderiam ser alvo do controle de constitucionalidade, defenderam, ao apelar para a Suprema Corte, a aplicação do artigo 13(2) da constituição (MATE, 2010), cuja redação prescreve:

Art. 13(2) O Estado não fará nenhuma lei que retire ou restrinja os direitos conferidos por esta Parte [direitos fundamentais] e qualquer lei feita em contravenção a esta cláusula deverá, na extensão da contravenção, ser nula. (tradução nossa)

Em *Golak Nath v. State of Punjab*, ou simplesmente *Golak Nath*, como o caso ficou conhecido, as principais discussões se deram acerca do significado da palavra “lei” no artigo. Isto é: não estava claro se “lei” abarcava apenas a lei ordinária ou também emendas constitucionais.

Em casos anteriores, a Corte havia decidido pela primeira interpretação, deixando o poder de emenda do Congresso intocado, como em *Shankari Prasad v Union of Índia* e *Sajjan Singh v State of Rajasthan*. No entanto, em *Golak Nath*, este entendimento foi superado e a Corte exerceu a jurisdição de forma “prospectiva”: não invalidou as emendas, mas declarou a possibilidade de seu futuro controle através do *judicial review*.

A estratégia utilizada pela Corte é relevante, especialmente por ser espelho do surgimento do próprio *judicial review* americano. Em *Marbury v. Madison*, também a Suprema Corte americana não aplicou sua construção judicial no mérito do caso, mas simplesmente a utilizou para declarar inconstitucional a lei que ampliava suas competências e que lhe permitiria julgar o *mandamus* de *Marbury*

(MENDES, 2017). Em suma: de uma questão menor, o ministro americano Marshall derivou a possibilidade de um instrumento essencial de expansão futura do poder da Corte, tal como os ministros indianos o fizeram no caso *Golak Nath*.

Pode-se dizer, então, que a doutrina da estrutura básica resulta de uma construção em duas etapas históricas: a) é possível o *judicial review* (*Marbury v. Madison*) e b) o *judicial review* se aplica às emendas constitucionais (*Golak Nath v. State of Punjab*).

Deste modo, ainda que o artigo 368, concernente ao procedimento de emenda, não previsse cláusulas pétreas, a interpretação dada ao artigo 13(2) possibilitou, por ora, que a Suprema Corte considerasse pétreos os direitos fundamentais. Primeiro a usar o termo "estrutura básica" da constituição com a conotação atual, o ministro Subba Rao afirmou em seu julgamento:

- (1) Pretende-se que a constituição seja permanente e, portanto, ela não deve ser emendada de maneira que fira, desfigure ou destrua seu caráter indestrutível.
 - (2) A palavra "emenda" implica uma adição ou mudança dentro dos moldes do instrumento original de modo a aperfeiçoá-lo ou melhor efetivar o propósito para o qual ele foi enquadrado, não podendo ser interpretada de modo a permitir que o parlamento destrua o caráter permanente da Constituição.
 - (3) Os direitos fundamentais são parte da estrutura básica da Constituição e, portanto, tais poderes só podem ser exercitados para preservar, e não destruir, a essência destes direitos.
- [...]
(SUPREMA CORTE DA ÍNDIA, 1967, *Online*, tradução nossa)

No julgamento de Subba Rao, vê-se, também, a influência do pensamento alemão, particularmente no argumento schmittiano de que uma emenda ou reforma, pelo próprio significado da palavra, não pode destruir a constituição original.

A estabilização da identidade constitucional indiana a partir de *Golak Nath* não agradou Indira Gandhi, filha de Jawarhalal Nehru e recém-escolhida Primeira-Ministra da Índia, que desejava expandir as reformas socializantes realizadas nos governos anteriores. Via, nos poderes da Suprema Corte, uma ameaça (BODLAK, 2010).

3.2.2 *Kesavananda Bharati v. State of Kerala (1973)*

As eleições gerais de 1967 se deram num momento em que o Partido do Congresso estava desgastado com os conflitos bélicos e perdia o favor da população, passando a representar, na visão desta, uma fonte de corrupção do governo. Forças regionais, especialmente aquelas ligadas ao sikhismo e ao islamismo, passaram a questionar ativamente a centralização.

Na tentativa de tornar-se gradualmente autônoma com relação ao Congresso e atrair a opinião pública, Indira Gandhi se utilizou dos ideais socialistas de maneira pragmática, buscando o apoio das minorias:

Discursos feitos pela Sra. Gandhi após sua reeleição mostram uma identificação explícita com os pobres e vulneráveis. Falando ao Lok Sabha [“Casa do Povo”, correspondente à Câmara dos Deputados] em fevereiro de 1968, ela frisou os problemas do trabalho sem-terra, expressou sua preocupação com todas as minorias da Índia e defendeu o setor público de críticas quanto à ausência de lucro (ao que respondeu que não era necessário lucrar, já que o objetivo do setor era construir a base para o desenvolvimento econômico) (GUHA, 2010, p. 433, tradução nossa).

Para afirmar seu protagonismo, Indira Gandhi buscou ainda a garantia de salários mínimos para trabalhadores rurais e urbanos, o fim dos privilégios remuneratórios dos príncipes e a nacionalização de bancos.

Esta última medida foi contestada em *Rustom Cavasjee Cooper v. Union Of India* (1970), em que, baseando-se na possibilidade inaugurada em *Golak Nath*, a Suprema Corte relativizou a 4ª emenda à constituição. A emenda prescrevia que não seria possível contestar judicialmente o valor das indenizações por desapropriação (MATE, 2010).

De todo modo, e apesar do obstáculo representado pela Corte, a estratégia política de Indira Gandhi havia gerado frutos em quatro anos. Num movimento questionável, Gandhi propôs a dissolução do 4ª *Lok Sabha* e a antecipação das eleições de 1972 para 1971. Através das eleições, a Primeira-Ministra garantiu a renovação do prestígio do Congresso e, ao mesmo tempo, sua maioria nele (GUHA, 2010). No mesmo ano, duas emendas importantes à constituição foram aprovadas: a 24ª e a 25ª.

A 24ª emenda desafiou frontalmente a decisão da Suprema Corte em *Golak Nath*. Acrescentou uma 4ª cláusula ao artigo 13, prescrevendo: “Nada neste

artigo deverá ser aplicado a qualquer emenda a esta constituição feita de acordo com o artigo 368.” Isto pôs fim à controvérsia acerca do significado da palavra “lei” no artigo e feriu gravemente os pressupostos para o controle de constitucionalidade das emendas.

Já a 25ª emenda deu status constitucional ao poder de desapropriação (seguida de indenização) por parte do Estado, e firmou a impossibilidade de controle de constitucionalidade de atos de desapropriação a partir do direito fundamental à propriedade. Além disto, determinou que leis redistributivas de propriedade ou riqueza não poderiam ser afetadas por *judicial review*, “em qualquer Corte, sob alegação alguma”.

Posteriormente, a 26ª emenda aboliu a remuneração dos príncipes e a 29ª emenda deu proteção constitucional aos *Kerala Land Reforms Acts*, principais leis sobre a questão agrária no Estado de Kerala. Inconformados com as reformas, Kesavananda Bharati, líder religioso local, e diversas companhias ajuizaram ação buscando a anulação das emendas.

A decisão de *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* manteve a possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas, mas mudou seu fundamento. Khosla (2016) afirma que os ministros afastaram-se de uma argumentação de base textual, como no caso da interpretação do artigo 13 e dos direitos fundamentais, e passaram a um nível de princípios abstratos.

Assim, foi reconhecido o poder do Parlamento de alterar provisões constitucionais de direitos fundamentais, no que *Golak Nath* foi superado; contudo, estas alterações não poderiam atingir a estrutura básica da constituição. Veja-se a posição de S. M. Sikri, Presidente da Corte à época:

316. O douto Advogado-Geral afirmou que toda provisão da Constituição é essencial; de outra forma ela não teria sido posta na Constituição. Isto é verdade. Mas isto não põe toda provisão da Constituição na mesma posição. A verdadeira posição é que toda provisão da Constituição pode ser emendada desde que, no resultado, a fundação e estrutura básicas da Constituição permaneçam as mesmas. Pode-se dizer que a estrutura básica da Constituição consiste nos seguintes elementos:

1. Supremacia da Constituição;
2. Formas Republicana e Democrática de Governo;
3. Caráter secular da Constituição;
4. Separação de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário;
5. Caráter Federativo da Constituição.

(SUPREMA CORTE DA ÍNDIA, 1973, *Online*, tradução nossa)

Sikri afirma ainda que a estrutura básica é construída sobre a dignidade e liberdade do indivíduo. Faria jus, aqui, à comparação com a dignidade da pessoa humana enquanto gérmen dos direitos fundamentais. No julgamento, o ministro também faz menção direta a Dietrich Conrad e aos ideais do constitucionalismo ocidental:

982. A teoria da evolução das normas positivas através do direito suprapositivo, distinto do direito positivo superior, teve importantes consequências no retorno do direito natural no pós-guerra em alguns países, particularmente na Alemanha. [...] É neste contexto que o escrito de Conrad em que o Sr. Palkhivala se baseia deve ser compreendido. A sugestão inteira é a de que as normas não seriam julgadas por uma norma superior, qual seja, o direito constitucional, mas pela lei natural, de maneira a alargar o escopo do *judicial review*. A aceitação desta doutrina do *judicial review* tem sido considerada um progresso na teoria constitucional feito entre a Declaração de Independência e a Convenção Federativa da Filadélfia. (SUPREMA CORTE DA ÍNDIA, 1973, Online, tradução nossa)

Em *Kesavananda*, a Corte julgou inconstitucional a vedação ao *judicial review* imposta pela 25ª emenda (MATE, 2010). Além disso, os magistrados deslegitimaram explicitamente o Parlamento em seus votos, chegando a dizer tanto que este não representava de fato a maioria da população, quanto que o fundamento da constituição não era o voto majoritário, mas o consenso (BAXI, 1980). Estava declarado abertamente o conflito entre os Poderes.

Kesavananda é um caso de elementos contraditórios: reforço da Supremacia da Constituição através de uma doutrina sem referência à textualidade; defesa das garantias do povo contra o Parlamento, representante do povo; destruição da jurisprudência da Corte (*Golak Nath*) com o objetivo de expandir o poder da Corte *etc.*

De todo modo, pelo papel que a doutrina da estrutura básica viria a ter nos anos seguintes, não são poucos os que admiram a solução encontrada pela Corte. Há mesmo aqueles que consideram *Kesavananda* “o caso que salvou a democracia indiana” (DATAR, 2013, ONLINE, tradução nossa). Isto porque a jurisprudência que surgiu em torno de questões agrárias passaria, em seguida, a servir para resolver impasses democráticos e conter o autoritarismo crescente (KHOSLA, 2016).

Apesar dos méritos de *Kesavananda*, importa também dizer que sua consequência imediata foi a substituição de três magistrados e o exercício da Presidência da Corte por A. N. Ray, que foi considerado pró-governo (MATE, 2010). A situação chegou ao ápice durante a “Emergência Indiana”, com a autonomia das Cortes duramente comprometida.

3.3 A “Emergência Indiana” e a Suprema Corte

Irregularidades ocorridas durante a campanha eleitoral de 1971 foram usadas em benefício próprio pelos opositores de Indira Gandhi. Esta situação levou ao caso *Indira Nehru Gandhi v Raj Narain*. Embora somente inconsistências menores na eleição tenham sido reconhecidas, Gandhi acabou sendo condenada e afastada de seu assento no *Lok Sabha*.

Instaurou-se uma crise política e houve protestos generalizados (BODLAK, 2016). Gandhi se valeu da comoção para declarar Estado de Emergência, o que foi motivo para a surpresa de todos (GUHA, 2010) e, em particular, do judiciário (BAXI, 1980).

A retórica da Primeira-Ministra posicionou a Emergência como essencial para a garantia da democracia e como um fardo temporário, que não haveria de alterar profundamente a vida política indiana (GUHA, 2010). Na prática e no decorrer da Emergência, porém, Indira Gandhi se envolveu em outros escândalos, como a demolição de favelas e o programa de esterilização forçada na tentativa de limitar o crescimento populacional – ambas políticas devidas a Sanjay Gandhi, seu filho e conselheiro. De fato, mesmo o nepotismo da família Gandhi foi crítica constante e contundente (GUHA, 2010).

A batalha contra as cortes também se acirrou, especialmente através da 39ª emenda. Aprovada durante a Emergência, a reforma buscou ratificar retroativamente a validade das eleições, anulando a decisão que condenara a Primeira-Ministra e impossibilitando a litigância e a aplicação de *judicial review* a casos envolvendo seu posto. Neste contexto, *Indira Nehru Gandhi v Raj Narain* encapsulou a problemática dos umbrais da democracia.

Quando o caso chegou à Suprema Corte e foi decidido em 1975, parte da 39ª emenda foi invalidada em vista da doutrina da estrutura básica. Alguns ministros propuseram que a emenda atingia a garantia de eleições livres e justas; outros, que representava um ataque à igualdade, à separação de poderes e ao *Rule of Law* (MATE, 2010). Também foi dito que o poder de emenda não poderia ser usado para modificar a legalidade de uma situação particular – no caso, as eleições de 1971 (KHOSLA, 2010).

De um modo ou de outro, os ministros aproveitaram a oportunidade para aprofundar sua compreensão de “estrutura básica”. Mesmo Ajit Nath Ray, o novo Presidente da Suprema Corte com posturas algo indulgentes, reconheceu a importância da doutrina. Veja-se:

52. Foi afirmado por mim [...] que o caráter secular do Estado, de acordo com o qual o Estado não deve discriminar qualquer cidadão em razão meramente de religião, também não pode ser descartado. As observações acima mostram que o caráter secular da Constituição e os direitos garantidos pelo artigo 15 pertencem à estrutura básica da Constituição. As observações acima claramente militam contra a alegação de que, de acordo com meu julgamento, direitos fundamentais não seriam parte da estrutura básica da Constituição. Também lidei com a matéria exaustivamente para mostrar que o direito de propriedade não é parte da estrutura básica da Constituição. Isto teria sido completamente desnecessário se todos os direitos fundamentais fossem parte da estrutura básica da Constituição. (SUPREMA CORTE DA ÍNDIA, 1975, *Online*, tradução nossa)

Em outras palavras: muitos dos direitos fundamentais são parte da estrutura básica, mas não todos; de fato, três anos mais tarde o direito de propriedade passaria a não constar mais entre os direitos fundamentais na Índia, graças à 44ª emenda constitucional.

Na postura dos ministros durante a Emergência não há só o receio do fim das liberdades, mas também do fim da própria Corte. É possível, portanto, que a aplicação da doutrina da estrutura básica por magistrados da Suprema Corte sabidamente contrários à mesma seja devida a razões de natureza pragmática. Cabe dizer que durante a Emergência diversos juizes de tribunais estaduais foram forçadamente transferidos de seus cargos, medida autoritária diante da qual a Corte se mostrou leniente (BAXI, 1980).

Quaisquer que fossem os motivos dos ministros, o desfecho em *Indira Nehru Gandhi* impôs freios ao autoritarismo. Gandhi procurou circunvenção esta

limitação através de reformas ao Judiciário, instituindo, por exemplo, tribunais administrativos com jurisdição sobre áreas cruciais para o governo, como reforma agrária, questões trabalhistas e eleições. Curiosamente, a Suprema Corte, anos depois da Emergência, não considerou esta reforma de todo inconstitucional, mas declarou inconstitucionais interpretações e dispositivos da reforma que minavam a separação de poderes (MATE, 2010).

Houve três momentos da Emergência (BAXI, 1980). De junho a dezembro de 1975, tratou-se de uma tentativa de instituir o Estado Policial, espalhar medo e, ao mesmo tempo, legitimar-se através da persuasão da classe jurídica com argumentos de necessidade; de janeiro a junho de 1976, expressou-se em reforma constitucional, choque com os Tribunais e mitigação da jurisdição de habeas corpus; de junho de 1976 a março de 1977, distinguiu-se pelo início dos efeitos de muitas das limitações aos direitos individuais e ao poder das Cortes, mas também pelo anúncio de eleições num futuro próximo – eleições que marcariam seu fim e a derrota do Partido do Congresso.

Há diversos julgamentos pós-Emergência que reforçaram a doutrina da estrutura básica, entre os quais o principal é, possivelmente, o caso *Minerva Mills v. Union of India* (1980), em que mais uma vez a Corte lidou com questões complexas de nacionalização de empresas. No entanto, há bons motivos para que a análise histórica da doutrina da estrutura básica termine, por ora, no retorno à normalidade democrática.

As idiossincrasias da Emergência merecem atenção de juristas e leigos. Foi um breve governo de uma “mulher ditadora”, única no século XX (GUHA, 2010). Representou um embate profundo entre os Poderes e foi marcada por apelos da socialdemocracia a recursos não democráticos. Também demonstrou, mais uma vez, que o entrincheiramento do alto Judiciário através do controle de constitucionalidade de emendas sucede ou advém de momentos de crise política aguda.

Sugere-se, aqui, que este entrincheiramento tem grau não desprezível de efetividade na manutenção do patamar mínimo da democracia, especialmente quando a ameaça ao sistema não surge externamente – como no caso da revolução ou invasão –, mas internamente, utilizando-se dos próprios procedimentos

democráticos para destruí-los. Resta entender em abstrato como este mecanismo, quer no Brasil, quer na Índia, adequa-se à ideia de soberania, e qual a compreensão política que as Cortes devem ter acerca de sua própria atividade ao lidar com a identidade da constituição.

4 A SOBERANIA DA CONSTITUIÇÃO X A SOBERANIA DO CONSTITUINTE

As críticas à jurisdição da identidade constitucional podem ser internas à própria ideia da jurisdição; isto é, podem surgir de uma consideração de possibilidade daquela e da análise, tão somente, da melhor forma de sua realização. Podem, ainda, partir de um parâmetro externo: neste caso, em vez de pressupor esta jurisdição, controvertem suas bases e propõem, ainda que implicitamente, a necessidade de uma mudança política e jurídica radical.

Começar-se-á pela exposição das críticas internas, oportunamente recordando o que diferencia a jurisdição da identidade constitucional nos dois países estudados.

4.1 Recapitulação e críticas: cláusulas pétreas X estrutura básica

Ambas as cláusulas pétreas e a estrutura básica implicam no reconhecimento de um núcleo constitucional “duro”; ambas instrumentalizam a ideia de emendas constitucionais inconstitucionais e parecem estar, de uma maneira ou outra, no centro do poder das Cortes. Entretanto, tratam-se, na prática, de duas estratégias diferentes e historicamente condicionadas.

Primeiramente, cabe lembrar o que define os dois ordenamentos quanto ao tratamento dado à rigidez dos direitos fundamentais. Enquanto a constituição brasileira fornece status de cláusula pétrea a todo e qualquer direito ou garantia fundamental, a jurisprudência indiana estabelece a mutabilidade de uns e imutabilidade de outros; pode-se dizer, assim, que há uma hierarquia entre direitos fundamentais – ideia que foi inclusive observada pela própria Suprema Corte (SURENDRANATH, 2016) – e que aqueles que derivam em menor grau da identidade da constituição indiana podem, como o direito de propriedade, ser rebaixados à posição de “direitos legais”, ou mesmo extirpados por completo.

Quanto à origem, há também diferenças essenciais. A cláusula pétrea é obra de um constituinte originário que pressupõe a limitação de poder do constituinte derivado. É meramente a consequência última do pensamento muito bem ilustrado pelo senador americano John Potter Stockton: “constituições são correntes com as

quais os homens se atam em momentos de sanidade para não morrer por uma mão suicida no dia de sua loucura” (*apud* FINN, 1991, p. 5, tradução nossa).

Assim, esta fórmula se traduz na esperança de que, enquanto houver respeito pela constituição, haverá respeito pela eternidade de certas normas cruciais, para que não se abandone a democracia liberal através de um parlamento gradualmente tornado autoritário.

Se a cláusula pétrea pressupõe a importância da jurisdição da identidade e, portanto, da Corte Constitucional, a estrutura básica, ao contrário, surge de interesses atualizados da Corte após o estabelecimento da constituição. A cláusula pétrea lembra e prevê o conflito; a estrutura básica surge da necessidade atual e premente.

Nisto reside o principal defeito da doutrina da estrutura básica. Como visto, a Suprema Corte afastou-se, passo a passo, de uma postura textualista estrita da Constituição, adotando um ecletismo com orientação estrutural. Eventualmente, graças ao não-textualismo e ao significativo aumento do número de membros, as interpretações seriam totalmente inconsistentes de uma “subcorte” – grupo de ministros com entendimento comum – a outra, no que foi denominado ecletismo *panchayat*⁵ (CHANDRACHUD, 2016).

Se antes era possível propor a legitimidade da Corte pela inferência direta à vontade do constituinte, após o estabelecimento da doutrina são a funcionalidade e estabilidade enquanto “valores intrínsecos” que justificam sua atuação. Isto faz com que seja mais vaga e discricionária a decisão sobre a postura ideal da Corte.

Além disso, pode-se questionar a consistência e as raízes históricas da doutrina, que se consolidou, como foi verificado, ao preço de serem obstadas reformas sociais. Em *Golak Nath*, o ministro-presidente Sikri apontou como parte da estrutura básica o secularismo, o republicanismo, a separação de poderes etc., mas não o ideal socialista, muito embora este princípio esteja presente no preâmbulo da constituição indiana e ilustrado copiosamente no corpo constitucional.

Não se deve concluir, contudo, que a experiência brasileira, supostamente cimentada no textualismo, é de todo superior, quer *a priori* ou a

⁵ “Ecletismo de conselhos”.

posteriori. Se a discricionariedade é mais evidente e fundante na doutrina da estrutura básica, no modelo brasileiro ela se “infiltra” através de furos na rede de sentido armada pela constituição.

Em outras palavras: a constituição de 1988 oferece uma moldura para a jurisdição de identidade, mas também possibilita que se escape de tal moldura através da descoberta de princípios e de direitos e garantias fundamentais implícitos irrevogáveis. Esta infiltração, somada a um inerente grau de arbitrariedade da técnica de “sopesamento de direitos fundamentais”, põe em risco a autoridade, tanto das normas constitucionais, quanto do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, recorda-se aqui que, mesmo que as cláusulas pétreas estejam incrustadas no texto constitucional original, sua total efetividade depende da cláusula lógica e não escrita que estabelece que a imutabilidade é, em si, imutável (vide capítulo 1). Ainda que pareça acertada a consideração de impossibilidade da dupla revisão, esta conclusão se afasta da textualidade estrita para adentrar no mérito da utilidade e da identidade.

No fim, o mesmo paradoxo assola ambas as cortes supremas. Se, por um lado, reafirmam seu poder enquanto instâncias últimas de decisão sobre a identidade constitucional, por outro lado se afastam da mesma em razão das decisões arbitrárias. Nisto se contradizem e perdem funcionalidade republicana, já que é a identidade constitucional, a princípio, que em grande medida justifica a existência das cortes.

A crítica de Maus (2000) ao *Bundesverfassungsgericht* também se aplica aqui: a dita “competência” das Cortes em análise passa a derivar de *metaprincípios*, de entendimentos pessoais desvinculados. A jurisdição torna-se um processo de circularidade. Isto pode causar um descontentamento generalizado, não só com o Tribunal, mas com a ideia de jurisdição constitucional globalmente considerada, já que

Não é o uso do poder ou o hábito da obediência que deprava os homens, é o uso de um poder que consideram ilegítimo e a obediência a um poder que consideram usurpado e opressor. (TOCQUEVILLE, 2005, p. 14).

Tratar-se-ia de hipótese em que a jurisdição constitucional e, por extensão, a manutenção da identidade constitucional “perderiam” legitimidade. Há,

entretanto, uma legitimidade original? Ou, alternativamente, qualquer apropriação da constituição no sentido de “defendê-la” está fadada a levar à fragilização democrática? Responder a tais perguntas é ao mesmo tempo difícil e crucial, pois nelas se exprime um dissídio acerca do sentido de “democracia”.

4.2 Democracia pura: posições pela incompatibilidade entre rigidez constitucional e princípio democrático

Volta-se, por um instante, ao ponto de partida deste trabalho: a noção clássica grega de identidade do Estado como equivalente à sua constituição. A democracia em sentido etimológico – poder do povo –, neste contexto, é uma das constituições possíveis, uma das feições polibianas que a *Polis* pode assumir.

Enquanto Platão, Políbio e Aristóteles viram na democracia uma efemeridade e uma forma não ideal de governo, já que leva à luta de classes e é eventualmente substituída pelo monarquia (REGO, 1981), outros, como Péricles e Demóstenes, defenderam suas virtudes e a capacidade do povo de exercer funções da vida pública. Na retórica, o conflito se baseou fortemente em caracterizações do povo: enquanto turba desorganizada, por seus detratores, e enquanto conjunto de cidadãos politizados, por seus promotores (GOYARD-FABRE, 2003).

De um modo ou de outro, o sentido etimológico de democracia, que ganharia mais tarde nuances, aparece na Grécia de maneira pura e inconfundível. As ambiguidades democráticas diziam então respeito, não a uma falta de clareza quanto ao objeto democrático, mas à restrição do acesso à cidadania e à discussão sobre o mérito ou demérito do governo do povo, intimamente ligado com as noções de autonomia e soberania:

Sob a influência de Péricles, o povo, reconhecido como psicologicamente apto a exercer diretamente a soberania, constituiu o pilar da vida pública. A promoção jurídica dos cidadãos desenvolveu neles sentimentos de honra e de orgulho. Em todo caso, é evidente que a democracia, ao requerer de modo mais claro que qualquer outro regime a combinação do *archein*, enquanto ato de dominar, isto é, de governar, com o *archesthai*, enquanto estado de ser dominado ou governado, definiu o conceito de cidadania como o operador essencial da diferenciação política dos modos de governo. (GOYARD-FABRE, 2003, p. 47).

Este liame entre poder e povo levará à afirmação, como na obra de Sieyès, de que a “lei” – de que o Direito – é tão somente a decisão popular, em detrimento das visões paternalistas do Estado (MAUS, 2000). Trata-se de uma completa inversão do fundamento da sociedade, e um passo crucial na direção do secularismo: na era moderna, a experiência da democracia é o fim do mandato divino e o desarraigamento de tradições.

A história das revoluções e seus deslindes, particularmente nos casos americano e francês, é relevante para se compreender as críticas à jurisdição constitucional. No início da revolução francesa, a constituição é Direito exatamente porque é decisão popular, coincidindo com a própria revolução; após, no entanto, quando os interesses da burguesia estão plenamente atendidos, passa a ser utilizada para encerrar o processo revolucionário. O próprio Sieyès muda seu discurso, baseando-se na ordem e fixidez da constituição (BERCOVICI, 2008). Eis a soberania da constituição – e não do constituinte.

Para os pensadores da contrarrevolução, o legado de Montesquieu será muito mais importante que o de Sieyès e de Rousseau. Os conservadores veem o princípio de separação de poderes com bons olhos, pois este garante, no fundo, a manutenção de um espaço de manobra e circunvenção da vontade popular. É isto que leva Maus (2000) a dizer que não se trata realmente de uma separação de poderes, mas de soberania: Montesquieu, um barão em defesa de sua classe nobiliárquica, procura afastar tanto a absolutização monárquica, quanto a ameaça republicana por meio da independência das instituições – em particular do judiciário.

A diferença entre a democracia regrada e a que não o é é que, na primeira, só se é igual enquanto cidadão, e que, na outra, se é igual também enquanto magistrado, enquanto senador, enquanto juiz, enquanto pai, enquanto marido, enquanto senhor.

O lugar natural da virtude é ao lado da liberdade; mas ela não se encontra mais próxima da liberdade extrema do que da servidão. (MONTESQUIEU, 1996, pp. 122-124).

O desejo por uma democracia “regrada” tem, por consequência lógica, a adoção de um árbitro da democracia. Este árbitro é, necessariamente, aquele com poder menos comprometido pelos *checks and balances* impostos pelo sistema político. Isto é; aquele que pode interpretar definitivamente suas próprias limitações constitucionais – o Judiciário – tem um poder muito maior do que aquele de escrever

leis ou de gerir políticas públicas: o juiz é aquele que define, de forma quase irresistível, o que é democracia.

Isto se aplica fortemente ao caso americano, em que, após a independência, não só a democracia foi mediada e arrefecida, por exemplo, pelos colégios eleitorais ou pelo bipartidarismo, mas também a decisão popular passou a encontrar óbices para vincular os juízes, guiados, hoje, por uma constituição de mais de 200 anos. Sobre o papel político do Judiciário, Tocqueville (2005) notou que, na América

O magistrado só lhe parece imiscuir-se nos assuntos públicos por acaso; mas esse acaso acontece todos os dias [...]. De onde vem isso? Ele se move no mesmo círculo e serve-se dos mesmos meios que os outros juízes; por que possui um poder que estes últimos não têm? A causa está neste simples fato: os americanos reconheceram aos juízes o direito de fundar suas decisões na constituição, em vez de nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes parecerem inconstitucionais. (pp. 111-113)

Servindo de agente moderador e confortável em sua trincheira constitucional, sacramentada pelo *judicial review*, o judiciário se torna o principal baluarte do conservadorismo. Foi argumentado alhures, em trabalho do presente autor, que correntes jurídicas históricas como a escola da exegese configuraram formas de pressão republicana a este conservadorismo, tentando manter os juízes “em rédeas curtas”, e que a hipertrofia incipiente do judiciário tem por origem a insuficiência destas pressões (CAMPOS e FORTALEZA, 2017).

Tal insuficiência não é à toa: a história do direito constitucional, como conclui Bercovici (2008), é em parte uma história de dissimulação, apropriação e de criação de instrumentos sofisticados para garantir privilégios de grupos. Resultaria numa fratura entre o político e o jurídico e consagraria, assim, não a vitória da democracia, mas do liberalismo.

O bicameralismo; a separação de poderes; os quóruns de maioria especial; a diferenciação doutrinária entre poder constituinte e poder constituído; a fundamentalidade de direitos e a técnica do sopesamento; as cláusulas pétreas explícitas e implícitas e mesmo a doutrina da estrutura básica seriam, portanto, nada mais do que estratégias e nomes rebuscados para a dominação indireta de classe.

Tratar-se-iam de um esquema labiríntico em que morre a decisão do povo antes de achar uma saída.

Estes institutos estão largamente enraizados na democracia contemporânea e passam a ser legitimados através de uma identificação com a mesma. As tentativas de pôr em dúvida esta legitimidade são, não raro, tachadas de antidemocráticas: “qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito” (MAUS, 2000, p. 185).

Vê-se, então, que a “democracia regrada” de Montesquieu é aquela que derrotou a democracia jeffersoniana da “igualdade extrema” e da revolução permanente. É possível argumentar, todavia, que a democracia regrada não é, de maneira alguma, democracia – e de fato, fazendo certa concessão a este raciocínio, explicar-se-á em breve que a mesma configura uma constituição mista, uma mistura de democracia e aristocracia.

Quase todas as linhas de defesa da jurisdição e da rigidez constitucional perdem sentido diante do problema da separação de soberania. O principal argumento dos autores alemães, por exemplo, tem natureza estética. A ideia de uma “destruição” da constituição da constituição através de emendas pode ser interpretada como uma defesa da consistência sistêmica de uma obra em sua qualidade inerente, e não em sua funcionalidade social.

Ora, sendo assim, a constituição está sendo tratada como um projeto artístico, um fim em si mesmo. A estética não pode ser argumento jurídico, não só porque as constituições representam um esforço utilitário e instrumental, mas também porque são compromissos precários entre forças e, portanto, ao menos em parte falhas e contraditórias. Não haveria, assim, uma harmonia originária a ser defendida (POLZIN, 2016).

Além disso, a diferença que Schmitt (1982) propõe entre constituição e leis constitucionais, podendo somente estas últimas ser mudadas, equivale, mais uma vez, à separação de soberania. Schmitt argumenta que a constituição é uma decisão fundamental e deve ser conservada. Ocorre que a própria decisão que define o que é constituição e o que é lei não está contida no texto. Novamente, a consequência é a faculdade do Judiciário de definir o campo de atuação da

soberania popular. Ao defender que é impossível fraturar e destruir a constituição legal, Schmitt acaba por fraturar a constituição real: a democracia, o poder do povo que fundamenta o Estado.

A maior virtude das críticas aqui apresentadas é demonstrar ser impossível a separação entre discurso jurídico e fenomenologia política. O jurista que estuda o *status quo*, portanto, vê-se numa posição intrigante: se quer defendê-lo, precisa negar a conveniência da democracia, ao menos em seu sentido etimológico. Se quer criticá-lo, deve propor o abandono da jurisdição da identidade, destruindo a própria identidade constitucional – em outras palavras, deve clamar por morte à constituição moderna.

Autores como Maus e Bercovici optam pela segunda posição, e representam a continuidade de uma histórica contraversão do Direito “dos vencedores”, legado dos democratas radicais e dos socialistas. Reapresentam, através desta tradição, as falhas cruciais da ideologia fixista da identidade constitucional, e propõem que não há um ponto de neutralidade política na guarda da constituição. De fato, na era moderna, não é possível falar da existência de apenas dois “poderes políticos”, posto que o Judiciário é o terceiro, exercendo domínio e capturando a identidade da *Polis*.

Contudo, o fixismo da identidade constitucional, quer antidemocrático ou não, também configura uma tradição cujo estudo aprofundado é frutífero. É crucial entendê-lo para superá-lo, ainda que não através do abandono por completo da jurisdição constitucional, mas por um discurso jurídico que se aproxime de uma terceira via e que identifique exatamente qual deve ser o papel político de uma corte constitucional.

4.3 Outras democracias: constituição mista, democracia liberal, democracia crítica e procedimentalismo

A constituição mista é originalmente constatada por Heródoto e estudada por Platão e Aristóteles (FABRO, 2017). No entanto, foi Políbio o principal defensor desta ideia, fundamentada, como mencionado anteriormente, na percepção de instabilidade dos governos e na teoria da anaciclose – no eterno ciclo das

constituições reais. O modelo de sociedade ideal, em Platão, é Esparta, e sobre esta Políbio comenta com admiração:

Licurgo⁶, então, prevendo isto [a corrupção dos regimes], não fez sua constituição simples e uniforme, mas uniu nela todos os bons e distintivos aspectos dos melhores governos, para que nenhum dos princípios crescesse indevidamente, mas para que, com a força de cada um sendo neutralizada pelos outros, nenhum deles pudesse prevalecer e desequilibrar o outro. (POLÍBIO, 1979, p. 291, tradução nossa)

Em Roma, este princípio de equilíbrio leva à distinção entre patrícios e plebeus, ao estabelecimento do conflito político entre os dois e à criação de diversos institutos mediadores do poder, como o Senado e o Tribunato da plebe (FABRO, 2017).

Através deste processo, vê-se que a constituição mista não necessariamente surge como tal, mas também vem a existir através da paulatina adaptação de um poder ao aparecimento de outro, da expansão cuidadosa da participação no jogo político e da criação de novas instâncias, novas ágoras para a tomada de decisão. Aproxima-se menos de um princípio de soberania e mais, nos termos de Popper (1974), de uma mecânica social gradual, cujo objeto de experimentação é a própria constituição.

É difícil, desta maneira, elaborar uma teoria geral da constituição mista, já que a mesma desenvolve-se, não raro, adaptando e absorvendo elementos dos regimes anteriores. Em certa medida, porém, é possível identificá-la conceitualmente com a ideia de separação de poderes, e historicamente com anseios do liberalismo político. O equilíbrio entre poderes, prescreve este raciocínio, leva à limitação de qualquer poder, de modo a preservar uma esfera da vida intocada pela *res publica*.

Na era moderna, e assim como Montesquieu com sua tripartição do poder, Benjamin Constant (2003) é um dos principais teóricos da constituição mista, muito embora preferisse o poder mínimo a um poder heterogêneo – o que corrobora a proximidade entre a ideia de separação de poderes e o liberalismo.

Em seus escritos, há uma precedência valorativa da monarquia constitucional em detrimento da república, e a percepção de que, enquanto a primeira tem um ânimo de conservação e ajuste, a segunda é perigosa e destrutiva.

⁶ Legislador espartano do século VIII antes de Cristo.

O Estado de Direito, formulação que visa terminar com a figura do rei *legibus solutus* (BOBBIO, 2013), deve apreender a soberania popular como um de seus instrumentos, mas não o único ou o melhor:

O axioma da soberania do povo tem sido concebido como um princípio de liberdade. Ele é, na verdade, uma garantia constitucional. Busca impedir qualquer indivíduo de tomar a autoridade que pertence apenas à sociedade política como um todo. Ele não determina nada, porém, acerca da natureza da autoridade em si. Em nenhuma maneira se soma às liberdades individuais, portanto, e se não nos voltarmos para outros princípios para determinar a extensão desta soberania, a liberdade poderá se perder, mesmo com o princípio da soberania do povo, ou mesmo por causa dele. (CONSTANT, 2003, p. 11, tradução nossa)

Se a separação de poderes ou de soberania é nada mais que o estabelecimento de uma constituição mista, então o poder moderador régio, defendido por Constant e tão influente no Brasil do Segundo Império (VASCONCELOS, 1986), não é moderador ou neutro por si, mas de fato um poder atuante. É um princípio monárquico contraposto ao princípio republicano corporificado no parlamento, neutro apenas na medida em que a neutralidade é esperada como resultado do embate entre as duas forças.

Um jogo de sentido semelhante existe com relação ao Judiciário atualmente, em que o objetivo buscado é identificado com o próprio instrumento. Diz-se do Judiciário que este é “neutro” ou “apolítico”, mas isto só é dito porque sua interação com a sociedade e os demais poderes resulta em algo que se compreende como neutro; do contrário, seria visto como o poder político ativo que é. Isto evidencia o relevante papel ideológico da definição de “neutralidade”, inclusive para fins de legitimidade da jurisdição constitucional.

. O poder neutro ou moderador é um poder “acima de todos os outros”. Eis porque não é injusto conceber o Judiciário como espécie de poder moderador (VIEIRA, 2008). Se Montesquieu (1996) não propõe um quarto poder, é porque os magistrados lhe bastavam. É curioso, assim, que este Judiciário enquanto “poder neutro” próprio da democracia liberal (leia-se: das constituições mistas) seja confundido com a democracia pura.

Isto ocorre especialmente porque as duas democracias nem sempre entram em oposição óbvia. Em parte das democracias liberais, e nos próprios Estados Unidos, o elitismo e a aristocracia foram sendo amenizados com o tempo, e

a conquista de direitos sociais mostrou que são possíveis regimes intermediários (GOYARD-FABRE, 2008).

Onde e como, porém, definir o equilíbrio ideal? Seguindo a tradição de Montesquieu, Zagrebelsky (2011) propõe que o uso das liberdades soberanas do povo de forma acrítica e radical é o contrário do Estado de Direito. Afirma que a democracia ideal é “crítica”: um regime em que os políticos levam o povo a ser elemento ativo e reflexivo, e não meramente refém de discursos inflamados. A democracia crítica deve ser guiada pelas instituições, não podendo desenraizá-las. Além disso, não pode fazer decisões irreversíveis, como instituir a pena de morte ou declarar guerra, pois estas podem advir de momentos de irracionalidade.

Os problemas das proposições de Zagrebelsky são vários. Primeiramente, a economia política sempre lida com decisões irreversíveis. Não é possível escapar de tal fardo, posto que há, sempre, escassez de recursos e limite à adaptabilidade da sociedade. Em segundo lugar, não está claro o que é manipulação e o que é jogo político inerente. Discursos inflamados podem ser baseados em verdades, e decisões racionais *prima facie* podem ser guiadas por mentiras.

No entanto, o problema mais grave deste modelo é que a diferenciação entre democracia crítica e acrítica peca por não considerar uma zona cinzenta entre as duas, zona em que o Judiciário aparecerá como árbitro da validade ou não da decisão do povo. Neste momento, faltar-lhe-ão critérios objetivos para a tarefa, e a discricionariedade e as referências circulares aos padrões das Cortes se infiltrarão de forma inequívoca.

A constituição mista na modernidade progressivamente perde prestígio e é reformulada em favor do maior alcance da cidadania. A própria ideia de democracia crítica demonstra tanto: apesar de suas falhas, é uma tentativa de realinhar a neutralidade com base no princípio democrático, ainda que “assistido” institucionalmente. No discurso moderno, pois, a justificativa para a aristocracia ou moderação das Cortes passa a ser, não o malefício inerente da democracia pura, mas suas falhas pontuais, engrenagens que devem ser zeladas e mantidas em funcionamento pelas instituições do Estado.

Uma das formulações mais importantes neste sentido é a de John Hart Ely (1980). Buscando superar a dicotomia entre textualismo e não-textualismo (ou

interpretativismo e não interpretativismo, como os nomeia) e dar funcionalidade democrática à jurisdição constitucional, Ely propõe que a constituição deve ser interpretada e aplicada, não propriamente de forma “ativista”, mas de modo a dar a todo indivíduo ou grupo a chance de participar no jogo democrático.

A teoria de Ely procura, ao mesmo tempo, mostrar que o constitucionalismo não é necessariamente o governo dos mortos e fazer com que o princípio contramajoritário seja entendido, não como advindo de fora da democracia, mas como elemento procedimental da mesma, na medida em que dá coesão e legitimidade à decisão da maioria. Assim, é uma teoria que busca fundamentar a judicialização de ameaças ao procedimento democrático, e não a seu conteúdo:

[...] Meu argumento é apenas o de que a constituição original era principalmente, de fato eu diria esmagadoramente, dedicada às preocupações de processo e estrutura e não à identificação e preservação de valores substantivos específicos. [...] De fato há outras provisões no documento original que parecem ser quase completamente orientadas por valores, embora meu ponto, claro, seja o de que elas são poucas e esparsas. (ELY, 1980, p. 92, tradução nossa)

Embora se baseie na constituição americana, o procedimentalismo pode ser usado como justificativa para algum grau de rigidez da identidade constitucional em qualquer ordenamento jurídico. Isto é: cláusulas de entrincheiramento ou de eternidade são válidas na medida em que, e tão somente nesta medida, tornam imutáveis a forma e o procedimento democráticos e pluralistas de participação.

Por este ponto de vista, a cláusula pétrea que estabelece no Brasil a imutabilidade do voto secreto, universal e periódico poderia ser entendida como “não orientada por valores” e, portanto, dotada de funcionalidade procedimental. O mesmo valeria para a interpretação do princípio democrático como estrutura básica da constituição indiana, por corresponder a uma imutabilidade apenas de procedimento.

O contraponto à visão procedimentalista são as teorias substancialistas. Nestas, não é possível aplicar uma democracia despida de valores como base para o *judicial review*. Isto porque, e como a presente pesquisa procurou demonstrar, há inúmeras formas de democracia, cada uma levando a uma compreensão diferente de procedimento:

Algumas teorias da democracia põe o que costumamos considerar “questões de substância” dentro da própria descrição de democracia. A teoria da democracia celebrada nas “democracias do povo”, por exemplo, supõe que nenhuma sociedade é democrática se sua distribuição de riqueza é muito desigual. Winston Churchill, baseando-se numa ideia muito diferente, disse uma vez que democracia significa que uma batida de manhã cedo na porta é o leiteiro. (DWORKIN, 1985, p. 59, tradução nossa).

Assim, um procedimentalismo de viés social seria muito diferente de um procedimentalismo de viés liberal. Se os mais importantes princípios usados na definição de democracia formam o par “inclusão” e “princípio majoritário”, então a compreensão de sua soma definirá o ponto neutro, a esfera procedimental.

Enquanto o princípio majoritário não comporta grandes ambiguidades – embora a apuração da maioria possa causar discordâncias – a inclusão, ao contrário, é cheia delas. Se a inclusão for concebida em sua forma incondicionada, então nenhum país que negue direito de voto a prisioneiros pode se dizer democrático. Nenhuma norma de inelegibilidade, nenhum governo que combata discursos de ódio, nenhum ordenamento que puna a apologia ao crime. Se isto é um contrassenso ou uma conclusão necessária, é ponto interessante a se estudar.

Ainda que o procedimentalismo deixe muitas questões em aberto, é um dos discursos de legitimidade da jurisdição constitucional mais prestativos já elaborados, pois a busca de sentido da jurisdição dentro da própria mecânica da democracia, como um catalizador desta, é um passo na direção correta.

Deve-se complementar a democracia procedimental com o último modelo de “democracia regrada” a ser discutido. Crê-se que, com base nele, é possível concluir por uma atuação das cortes que seja ao mesmo tempo elemento importante da democracia, minimizador da discricionariedade dos juízes e solucionador de paradoxos.

4.4 A identidade da constituição e os paradoxos da soberania e da tolerância na democracia moderna

Karl Popper é um proponente importante do pluralismo constitucional, calcado em sua própria teoria da sociedade (BONAVIDES, 2013). No intuito de entender sua proposta política e sua visão particular da essência da democracia, é

preciso clarificar que o filósofo tem como pano de fundo a filosofia da ciência e seus problemas centrais.

A ciência foi compreendida por seus praticantes de forma gravemente equivocada por séculos. A indução – isto é, a observação do mundo seguida da formulação de proposições universalmente válidas – é inerentemente falha. Não é possível partir de premissas menores para premissas maiores e manter a validade do silogismo.

Por esta razão, Popper (1996) explicita que a moderna visão de ciência equivale à concepção de que teorias científicas são hipotéticas e de que nunca é possível prová-las, mas somente as refutar e substituir por teorias mais refinadas com o tempo.

Pode-se resumir a opinião aqui apresentada ao afirmar que a função decisiva da observação e da experiência em ciência é a crítica. A observação e a experiência nada podem estabelecer de modo conclusivo, pois existe sempre a possibilidade de um erro sistemático através da interpretação errada sistemática de um ou outro facto. Mas a observação e a experiência desempenham, sem dúvida, um papel importante na discussão crítica das teorias científicas. Essencialmente, ajudam-nos a eliminar as teorias mais fracas. (POPPER, 1996, p. 118)

Toda teoria, assim, deve prever seu próprio teste de falseabilidade; isto é, deve apontar qual fato, se e quando observado, provaria o erro da hipótese inicial. O teste de falseabilidade, a possibilidade de melhorar as hipóteses, é o que faz de uma determinada tese um esforço científico. Ora, a maior força do modelo societário de Popper é exatamente o transporte da sequência *conjectura > refutação > nova conjectura* para o âmbito do procedimento político, na tentativa de fundá-lo na racionalidade crítica.

Logo, no modelo de Popper (1974), a sociedade denominada “aberta” ou “democrática” é fundada nos testes de falseabilidade, no desafio a tabus e na experimentação de políticas; já a sociedade guiada por tabus é “mágica” ou “tribal”. Assim, democracia seria meramente um sinônimo para a criação de processos e instituições capazes de testar e melhorar políticas e para substituir chefes de governo de forma pacífica, e deve ser defendida para que se evite um retorno ao tribalismo.

Também é possível considerar esta teoria como uma justificação negativa da democracia (CANOTILHO, 2003), já que esta existiria em função de evitar um dano – a sedução da tirania. A democracia popperiana necessariamente deve ser vista no sentido de limitação prática de poder, em contraste à democracia enquanto soberania popular, porque toda e qualquer teoria da soberania é paradoxal. O poder ilimitado sempre leva ao questionamento: é possível usá-lo contra si mesmo?

E se for vontade do povo, não que ele próprio governe, e sim um tirano em seu lugar? O homem livre, sugere Platão, pode exercer sua absoluta liberdade a princípio desafiando as leis e, em última análise, desafiando sua própria liberdade e clamando por um tirano. Isto não é apenas uma possibilidade remota; tem acontecido numerosas vezes; e, de cada vez que aconteceu, colocou em desesperada posição intelectual todos aqueles democratas que adotam, com base final de seu credo político, o princípio do governo da maioria, ou forma semelhante do princípio de soberania. (POPPER, 1974, pp. 138-139)

Portanto, a soberania popular, se entendida como poder irrestrito do povo, não é capaz de fundamentar o Estado. Não só a tese da sociedade aberta e da democracia enquanto técnica científica resolve este problema, abandonando o paradigma da soberania, como evita ainda as mecânicas da política utópica. A democracia corresponde a uma mecânica social gradual, que parte de estruturas anteriores subjacentes, reformando-as, submetendo-as ao crivo da falseabilidade, e não as destruindo sem motivo.

As correntes utópicas – dentre as quais está o marxismo, ao qual o próprio Popper se filiou na juventude – são alvo de críticas por abandonarem a racionalidade política e proporem a refundação da sociedade como uma tela em branco, o que requer a destruição de todo progresso conquistado. A verdade é que a sociedade capitalista pode e é reformada a todo momento. Muitos dos ideais socialistas foram alcançados por meio da renovação legislativa (POPPER, 1974).

A democracia enquanto procedimento científico precisa, porém, resolver ainda outro paradoxo, correlato ao problema da soberania. A sociedade aberta vive sob o signo da tolerância e das liberdades individuais; no entanto, esta tolerância não pode ser aceita de forma irrestrita, pois isto significaria tolerar posturas intolerantes.

Deveremos então reclamar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes. Deveremos exigir que todo movimento que pregue a intolerância fique à margem da lei e que se considere criminosa qualquer

incitação à intolerância e à perseguição, do mesmo modo que no caso da incitação ao homicídio, ao sequestro de crianças ou à revivescência do tráfico de escravos. (POPPER, 1974, pp. 289-290)

Ora, já se discutiu o problema da inclusão brevemente, e aquele se assemelha muito ao ponto levantado por Popper. Se é preciso ter uma noção valorativa específica de inclusão e de tolerância para manter a sociedade aberta em funcionamento ordinário, então o pensamento popperiano deixa entrever uma forma de substancialismo democrático, ainda que a democracia tenha fortes ligações conceituais com a ideia de procedimento.

Chega o momento de aplicar a ideia de sociedade aberta e os problemas da soberania e da tolerância no tema da jurisdição de identidade. Ainda que o estabelecimento de uma corte constitucional signifique que uma aristocracia definirá os conceitos de inclusão, de tolerância e de soberania em casos limítrofes, esta corte é necessária porque há uma gama de casos não-limítrofes que, quando não judicializados, podem significar o suicídio da democracia. Em outras palavras: a identidade constitucional deve ser imutável em pontos essenciais exatamente para permanecer mutável em outros.

A definição dos casos limítrofes entre procedimento e substância é atuação política. As cortes supremas, como no Brasil e na Índia, parecem entrever tanto, mas não compreendem exatamente o que a natureza política da jurisdição significa. A Suprema Corte Indiana, por exemplo, ao obstar por décadas a reforma agrária, não parece ter dado o peso adequado ao fato de que a reforma não comprometia substancialmente a democracia, já que não diminuía o grau de participação democrática dos latifundiários, nem extinguia por completo o direito de possuir terras.

Além disso, para alguns, atuação política pode parecer sinônimo de permissão constitucional para julgar de forma totalmente discricionária. Isto não é verdade. Uma constituição adequada a determinado momento político-jurídico deverá considerar inaceitáveis certos comportamentos já falseados por serem danosos à democracia. O âmbito de discricionariedade não poderá ultrapassar estas prescrições (não se pode, por exemplo, deixar de declarar ilícitas ameaças explícitas e diretas à forma republicana). Qualquer novo padrão “descoberto” na constituição

deverá ser analisado à luz dos comportamentos já prescritos e do problema da inclusão.

Este modelo, em parte hipotético, de atuação jurisdicional traz consigo consequências no mínimo controversas. Como a questão ambiental não traz, *prima facie*, nenhum óbice à inclusão de ninguém, não pode ser protegida por cláusulas pétreas. Emendas que aumentam o tempo dos mandatos, por terem efeito potencializador da exclusão dos derrotados, deverão ser inconstitucionais. A pena de morte poderá ser transformada em norma constitucional, desde que os condenados tenham um tempo “razoável” para falsear sua sentença.

São proposições que tendem, até mesmo, a afetar a sensibilidade moral; contudo, são consequências que os defensores da jurisdição constitucional terão que aceitar ou falsear fazendo referência à problemática da inclusão. Quais serão as conclusões tomadas não interessa a este trabalho. Propõe-se apenas um ponto de partida para discussões futuras.

Um problema a se considerar sobre a democracia enquanto método científico é que ela parece depender demais da boa vontade de seus participantes. Esta boa vontade existe na ciência porque o objetivo geral costuma ser a aproximação da verdade – ao menos nas áreas em que as concepções do cientista estão menos ligadas a posturas políticas. No mundo do poder, porém, a boa vontade desaparece, e os interesses individuais dominam as relações.

Ocorre que o ideal do racionalismo crítico é exatamente construir circunscrições de poder despersonalizado, de forma a amplificar o alcance do discurso racional. Desta forma, é possível mesmo dizer que a democracia do racionalismo crítico aproxima-se da democracia pura em um sentido: ninguém, individualmente considerado, pode ser identificado ao poder. O poder não deve ter face, o que faz da despersonalização outro critério importante a se considerar no exercício da jurisdição constitucional.

A jurisprudência indiana acertou ao perceber a existência de uma estrutura básica. O constituinte brasileiro fez bem em positivizar o parágrafo 4º do artigo 60 da constituição. Falta agora construir um entendimento acerca do acerto que fizeram, e qual a extensão do fenômeno a que deram início. Do contrário, em vez de servir para manter em tensão, mas em funcionamento, as instituições

democráticas, as cortes supremas podem pôr tudo à terra, declarando-se soberanas, ou legitimando um soberano advindo de outro poder da república.

A democracia possui um núcleo reconhecível, ao menos a princípio, e limites cinzentos. De fato, o ponto de neutralidade que foi referido anteriormente equivale ao “ponto democrático”. A batalha pela democracia é também uma batalha contra ideólogos de um novo ponto de neutralidade, de uma redefinição do discurso “democrático” até que este seja indistinguível do autoritarismo. Uma corte consciente disto pode ser algo imensamente positivo.

O discurso da neutralidade implica o critério binário “aceitável/inaceitável”. Não se pode dizer que a sociedade evolui moralmente se elementos inaceitáveis voltam a ser considerados como opção. Se a democracia ideal é mais socializante ou liberalizante, é questão que ainda possui algum grau de abertura. Formas de “poder do povo” como o fascismo ou a ditadura do proletariado não gozam – não deveriam gozar – do mesmo patamar de discussão. Esta ideia é central para todo o presente trabalho.

As ambiguidades da democracia são muitas, o que põe, a todo momento, em posição precária a identidade da constituição. É razoável, porém, propor pelo menos o seguinte: democracia é o regime em que se discute o que é democracia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho tentou abarcar múltiplos temas, indo da técnica jurídica, passando pelo constitucionalismo comparado, até o umbral da ciência política. Muitas outras reflexões caberiam nele. Durante sua elaboração, o sentimento de frustração com a quantidade de perguntas sem resposta foi imenso. Respondê-las em tempo útil, porém, seria impossível.

Ao mesmo tempo, foi possível concluir que o enrijecimento da Constituição, tantas vezes baseado no discurso da identidade, surge de situações ou históricos políticos extremos. Foi também possível observar a influência do germanismo e da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão sobre este fenômeno. Concluiu-se, enfim, que as Cortes precisam ter uma noção específica de Democracia se pretendem se legitimar enquanto atores (políticos).

De modo geral, as dificuldades deste trabalho advêm do fato de que a jurisdição constitucional e o princípio democrático se aproximam demais de algo não jurídico, do “protodireito”, das estruturas reais do poder. Mais ainda: a redução do direito à política (com a dissipação do discurso da técnica) e a redução da política às crenças morais (com a possível dissipação do discurso do procedimento) devem ser fontes de angústia a qualquer pesquisador da área.

Os instrumentos sofisticados com que se tentou, através dos séculos, moldar o mundo do poder são signos de uma aporia fundamental. O Estado é necessário para transformar de forma profunda a sociedade; no entanto, toda forma de poder estatal, quer democrática ou não, constitucional ou não, pode ser contestada, porque o Estado – porque o poder – é expressão de violência.

Eis a “conclusão” de tudo isto: Direito é política. Diz-se isto não de forma reducionista: Direito é uma política específica, um jogo construído com base em elementos constitucionais. A todo momento, porém, a política em sentido tradicional infiltra e coopta este jogo. As consequências maléficas desta infiltração são muitas. Ainda assim, é possível que a jurisdição constitucional seja elemento essencial de não contradição da democracia em momentos estratégicos.

A Constituição não é só rígida perante o povo, mas especialmente perante os vários inimigos deste. Exatamente por isto, deve ser soberana.

REFERÊNCIAS

- ACHARYYA, Bijay Kisor. **Codification in British India**. Calcutá: Barneji and Sons, 1914.
- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998.
- ANDRADE, Fábio Martins de. As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. *In: Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 181, jan/mar 2009.
- BAXI, Upendra. **The Indian Supreme Court and Politics**. Lucknow, India: Eastern Book Company, 1980.
- . Law, Politics and Constitutional Hegemony – The Supreme Court, Jurisprudence and Demosprudece. *In: CHOUDRY, Sujit; KHOSLA, Madav e MEHTA, Pratap Bhanu (orgs.). The Oxford Handbook of the Indian Constitution*. Londres: Oxford University Press, 2016.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição** – para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BODLAK, Barbara. **The Indian's Supreme Court Doctrine of Basic Structure** – A Brief Introduction. Basileia: Universidade da Basileia, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRANCO, P. G. Gonet. Cláusulas Pétreas. *In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano et al (org.). Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II. Online*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Diário do Congresso Nacional, 1891.
- . **Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985**. Brasília: Diário oficial da União, 1986.

———. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento) de 8 de maio de 1987**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/sugestoes-dos-constituintes/arquivos/sgco1301-1400. Acessado em: 3 nov 2018.

———. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. *In: Revista de informação legislativa*, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996.

CAMPOS, J. C. D.; FORTALEZA, F. A. . Jogos democráticos e dinâmicas constitucionais – As (in)conveniências da jurisdição constitucional e seus discursos de legitimação. *In: Gretha leite maia. (org.). O poder judiciário na democracia brasileira*. 1ed. Fortaleza: Edições ufc, 2017, v. 1, p. 159-186.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CHANDRA, Bipan et alia. **India's Struggle for Independence**. E-book. [s.l.]: Penguin, 2012.

CHANDRACHUD, Chintan. Constitutional interpretation. *In: CHOUDRY, Sujit; KHOSLA, Madav e MEHTA, Pratap Bhanu (orgs.). The Oxford Handbook of the Indian Constitution*. Londres: Oxford University Press, 2016.

CONSTANT, Benjamin. **Principles of politics applicable to all governments**. Tradução para o ingles de Denis O'Keeffe. Indianápolis: Liberty Fund, 2003.

DATAR, Arvind P. **The case that saved Indian democracy**. *Online*. Disponível em: <https://www.thehindu.com/opinion/op-ed/the-case-that-saved-indian-democracy/article4647800.ece>. Acessado em: 6 out 2018.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust – A theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FABRO, Artur Mazzucco. A constituição mista no pensamento político antigo – Representações de uma experiência que transformaram uma tradição. *In: Teoria e Pesquisa*, São Carlos, v. 26, n. 2, 2017.

FARAGUNA, Pietro. Taking Constitutional Identities away from the courts. *In: Brooklyn Journal of International Law*, vol. 41, n. 2, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. *In: Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 202, pp 11-17, out/dez 1995.

FINN, John E. e FINN, Jeremy D. **Constitutions in Crisis** – Political Violence and the Rule of Law. Nova York: Oxford University Press, 1991.

GIRI, Ananta Kumar. O “governo da lei” e a sociedade indiana. Do colonialismo ao pós-colonialismo. *In: O Estado de Direito – História, teoria, crítica*. COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUHA, Ramachandra. **India after Gandhi** – The history of the worlds’ biggest democracy. E-book. Londres: Pan Books, 2010.

HEIN, Michael. **Never Say Never! Eternity Clauses**. Online. Disponível em: <https://katapult-magazin.de/en/artikel/artikel/fulltext/never-say-never/>. Acessado em: 26 ago 2018.

ÍNDIA. **Constituição da Índia de 1950**. Online. Disponível em: <https://www.india.gov.in/my-government/constitution-india/constitution-india-full-text>. Acessado em: 17 out 2018.

JACOBSON, Gary Jeffrey. **Constitutional Identity**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010.

JEFFERSON, Thomas. **Political Writings**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

JUDD, Denis. **The Lion and the Tiger** – The Rise and Fall of the British Raj, 1600-1947. Londres: Oxford University Press, 2005.

KHOSLA, Madav. Constitutional Amendment. In: CHOUDRY, Sujit; KHOSLA, Madav e MEHTA, Pratap Bhanu (orgs.). **The Oxford Handbook of the Indian Constitution**. Londres: Oxford University Press, 2016.

KOLSKY, Elizabeth. **Colonial Justice in British India** – White violence and the Rule of Law. Nova Delhi: Cambridge University Press, 2010.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. A influência do constitucionalismo alemão do século XIX na categoria “direitos fundamentais” – Formalização do direito público e neutralização do Rechtsstaat. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, abr/jun 2009.

MARBURY, William L. The limitations upon the amending power. In: **Harvard Law Review**, Vol. 33, N. 2, dez 1919, 223-235.

MARLMENSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINHO, Francisco Carlos Palomanes. A Revolução dos Cravos e a historiografia portuguesa. In: **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 61, p. 465-478, maio/ago 2017.

MATE, Manoj. Two Paths to Judicial Power – The Basic Structure Doctrine and Public Interest Litigation in Comparative Perspective. In: **San Diego International Law Journal**, v. 12, n. 1, 2010, pp. 174-222.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: **Novos Estudos**, São Paulo, n. 58, nov 2000, pp. 183-202.

MENDES, Gilmar e BRANCO, P. G. Gonet. **Curso de direito constitucional** – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras**. Vol. 1. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

NOORANI, A. G. Behind the 'basic structure' doctrine – On India's debt to a German jurist, Professor Dietrich Conrad. In: **Frontline**, v. 18, nº 9, abril 28 - Maio 11, 2001. Disponível em:

<https://www.frontline.in/static/html/fl1809/18090950.htm>. Acesso em: 03 out 2018.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 43, n. 172, p. 135-148. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, out./dez 2006.

POLÍBIO. **The Histories**. Tradução para o inglês de W. R. Paton. Londres: Harvard University Press, 1979.

POLZIN, Monica. Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law. In: **I•CON**, Vol. 14 No. 2, 411–438, 2016.

POPPER, Karl Raimund. A sociedade aberta e seus inimigos. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974. 2 v.

———. **O mito do contexto**. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1996.

REGO, Antônio Carlos Pojo do. Equilíbrio e Contradição – a Constituição mista na obra de Políbio. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 71, jul/set, 1981, pp. 95-126.

ROSENFELD, Michel. Constitutional Identity. In: ROSENFELD, Michel e SAJÓ, András (org). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 1982.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado - sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no *quorum* de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 226, pp 11-32, out/dez 2001.

SUPREMA CORTE DA ÍNDIA. **I. C. Golaknath & Others vs State Of Punjab & Another.** Data de Julgamento: 27/02/1967. *Online.* Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/120358/>. Acessado em: 17 out 2018.

———. **Kesavananda Bharati Sripadagalvaru & Others v. State Of Kerala & Another.** Data de Julgamento: 24/04/1973. *Online.* Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/257876/>. Acessado em: 17 out 2018.

———. **Indira Nehru Gandhi vs Shri Raj Narain & Another.** Data de julgamento: 07/11/1975. *Online.* Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/936707/>. Acessado em: 17 out 2018.

SURENDRANATH, Anup. Life and personal liberty. *In:* CHOUDRY, Sujit; KHOSLA, Madav e MEHTA, Pratap Bhanu (orgs.). **The Oxford Handbook of the Indian Constitution.** Londres: Oxford University Press, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América.** Tradução de Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria e prática do poder moderador. *In:* **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 4, pp 72-81, out/dez 1986.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *In:* **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, Dec. 2008. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso>. access on 11 Nov. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A democracia e a crucificação.** Tradução de Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.