

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO?
UMA ANÁLISE DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA A
PARTIR DA DOUTRINA DA NÃO SUBSTITUIÇÃO**

GABRIELLE DE SOUSA SILVA

**Rio de Janeiro
2020/2º Semestre**

GABRIELLE DE SOUSA SILVA

**CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO? UMA ANÁLISE DA IDENTIDADE
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA A PARTIR DA DOUTRINA DA NÃO
SUBSTITUIÇÃO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor **Dr. Siddharta Legale Ferreira**.

Rio de Janeiro
2020/2º Semestre

GABRIELLE DE SOUSA SILVA

**CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO? UMA ANÁLISE DA IDENTIDADE
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA A PARTIR DA DOUTRINA DA NÃO
SUBSTITUIÇÃO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor **Dr. Siddharta Legale Ferreira**.

Data da Aprovação: ___/___/_____.

Banca Examinadora:

Orientador: Siddharta Legale

Membro da Banca: Wallace Corbo

Membro da Banca: Alejandra Córdoba

Membro da Banca: David Araújo

**Rio de Janeiro
2020/2º Semestre**

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

S586c Silva, Gabrielle de Sousa
Constitucionalismo abusivo? Uma análise da
identidade constitucional brasileira a partir da
doutrina da não substituição / Gabrielle de Sousa
Silva. -- Rio de Janeiro, 2021.
71 f.

Orientador: Siddharta Legale Ferreira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Identidade Constitucional. 2. Substituição
Constitucional. 3. Constitucionalismo Abusivo. 4.
Autoritarismo furtivo. I. Legale Ferreira,
Siddharta, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus que me vê, que se propõe a ser Pastor da minha vida e deleite da minha alma, razão do meu respirar e viver, minha Partida e o meu Norte, meu Início e o meu Fim, meu Sorriso e Consolo de minhas lágrimas. À minha redenção e beleza, Jesus Cristo, toda honra e glória para sempre, por não só fazer, mas ser muito mais do que eu mereço todos os dias. À Ele, por ser a própria justiça.

Aos meus pais, Ari Luiz e Ana Paula; ao meu pai por doar a vida por mim todos os dias desde que nasci e ser o melhor homem que eu conheço. Por me dizer que vale a pena todo o investimento ao me ver feliz e sorrindo, independentemente do que eu esteja fazendo. Você é o meu herói, espero retribuir com a minha vida o que você é e faz. À minha mãe, por ser minha fã número 1, principal incentivadora e pelos anos abnegados por mim. Por me conhecer pelo olhar e segurar minha mão em todos os momentos, apoio sem os quais não daria para seguir. Por ter o coração mais doce que eu conheço e ter orgulho de mim, você é a razão de eu estar aqui. Às minhas irmãs, por serem a minha vida: Isabelle, por tanta sensibilidade ao sempre me lembrar que, na sua percepção, não há nada que eu não possa fazer, e ao mesmo tempo, sempre se preocupar comigo. À Raquel, por confiar em mim a ponto de me ter como referência e ser a cor dos meus dias cinzas com o seu humor.

À minha família, na figura da minha vó *Deda*, que me criou e me formou e até hoje cuida de mim. Meus tios, João Rodolfo e Eliane por me darem todo o suporte necessário para a minha formação não só acadêmica, mas em todas as esferas da vida e serem objetos de minha profunda admiração e amor.

Aos meus amigos, minha coroa e minha alegria, aquilo que mais acrescenta graça e significância aos meus dias até aqui, e por quem eu viveria os próximos que virão. Por serem profundos alicerces sem os quais as palavras que se seguem não teriam sido escritas. Em especial - e em ordem alfabética - à Aline, Emanuelle, Julia, Luiza, Monique, Nathalia e Paloma, por acreditarem em mim mais do que eu, e me enxergarem com brilho nos olhos, nos meus dias de sol e, principalmente, nos meus dias de chuva.

Ao Projeto S.A.V.E, por ser a materialização de tudo aquilo que sonhei e mais. Por ser o principal instrumento pelo qual Deus me permitiu pensar e viabilizar justiça e ser o espaço onde eu sou verdadeiramente feliz e realizada. Sei que muito mais virá.

À Faculdade Nacional de Direito, por me permitir fazer parte de uma história tão gloriosa, e trazer à uma menina leiga, conhecimento humano, político e jurídico. Por ter me dado presentes eternos como caminhos para execução de Justiça e pérolas como Pedro Cardoso, Amanda Freire, Gabriela Mentor, Fábio Prudente, Lucas Holanda e Lucas Vivacqua. Pelo compromisso com o Estado Democrático de Direito, sua permanência e saúde na política brasileira, bem como histórico de resistência às tentativas de desmantelamento do mesmo. Aprendi mais do que tudo, a olhar para o outro, e poder ser percebida por ele. Agradeço ao meu orientador Siddharta Legale por toda ternura, gentileza e créditos dados à pesquisa.

À Wallace Corbo, por ser muito mais que um professor e pesquisador, mas um viabilizador de caminho e oportunidades para mim. Dele, veio a inspiração para este tema que eu não conhecia e só enxerguei sua importância ao ler suas palavras sobre. Não apenas por se tratar de um trabalho acadêmico, o meu agradecimento se estende a tudo que eu passar a conquistar daqui para frente, por ter, um dia, acreditado em mim.

Podem os líderes injustos, aqueles cujos decretos permitem a injustiça, afirmar que Deus está do lado deles? (Salmos 94:20)

À Maria Lúcia Gomes de Pinho e à Paulo Petronilo de Sousa, minha origem e amor.

À juventude da Vila Kennedy, para que corram rios de justiça.

RESUMO

SILVA, Gabrielle de Sousa; **Constitucionalismo abusivo? Uma análise da identidade constitucional brasileira a partir da doutrina da não substituição**. Monografia do curso de Graduação em direito. Rio de Janeiro. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2020.

A expressão “crise constitucional” está a ponto de se tornar uma expressão esvaziada de sentido, tamanha repetição e confusão a ela agregados. Para além, crise constitucional e ilegitimidade se tornaram sinônimos de discordância política, ou ideológica, trazendo ainda mais confusão aos termos. A relevância da pesquisa reside justamente na tentativa de traçar o que seria a identidade constitucional brasileira e no que consistiria a sua violação, transpassando meras discordâncias, que na verdade, são essenciais para um constitucionalismo democrático saudável. Além disso, a pesquisa traz como ponto central a discussão acerca da possibilidade de normas não constitucionais alterarem normas constitucionais, e se a conclusão for afirmativa, o modo como isso acontece é mais sutil do que quando há de fato uma emenda constitucional alterando o texto constitucional. Logo, se esta norma não constitucional está alterando algo que constitua a identidade constitucional da Constituição de 1988, é muito mais difícil de se verificar, e muito mais fácil de passar despercebido pela sociedade como um todo. Portanto, a pesquisa busca ser uma ferramenta teórica para percepção de possíveis abusos constitucionais, aproximando-se de um conceito mais concreto de identidade e propriamente crise/abuso.

Palavras chaves: Constitucionalismo abusivo; Substituição constitucional; Identidade constitucional.

ABSTRACT

SILVA, Gabrielle de Sousa; **Abusive constitutionalism? An analysis of the Brazilian constitutional identity based on the doctrine of non-substitution**. Monograph of the Law Graduation course. Rio de Janeiro. Federal University of Rio de Janeiro, 2020.

The expression “constitutional crisis” is on the verge of becoming an expression emptied of meaning, with such repetition and confusion added to it. In addition, constitutional crisis and illegitimacy have become synonymous with political or ideological disagreement, bringing even more confusion to the terms. The relevance of the research lies precisely in the attempt to outline what would be the Brazilian constitutional identity and what would be its violation, overcoming mere disagreements, which in fact, are essential for a healthy democratic constitutionalism. Furthermore, the research brings as a central point the discussion about the possibility of non-constitutional norms altering constitutional norms, and if the conclusion is affirmative, the way this happens is more subtle than when there is in fact a constitutional amendment altering the constitutional text . Therefore, if this non-constitutional rule is altering something that constitutes the constitutional identity of the 1988 Constitution, it is much more difficult to verify, and much easier to go unnoticed by society as a whole. Therefore, the research seeks to be a theoretical tool for the perception of possible constitutional abuses, approaching a more concrete concept of identity and crisis / abuse.

Key words: Abusive Constitutionalism; Constitutional substitution; Constitutional identity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL, UM CONCEITO VIVO	16
1.1 A construção da identidade constitucional com o <i>ser</i> e o <i>dever ser</i>	17
1.2 “Você quer dizer o texto, certo?”	22
1.3 A identidade constitucional brasileira muito além do texto.....	23
2. A DOCTRINA DA NÃO SUBSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL	26
2.1 Pressupostos constitucionais e contexto histórico da Constituição Política Colombiana de 1991	26
2.2 Análise Jurisprudencial da construção da doutrina da não substituição constitucional..	30
2.3 Percepções teóricas da Doutrina da não substituição constitucional colombiana	39
3. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO: UM NOVO CONCEITO DE CRISE CONSTITUCIONAL?	43
3.1. Quando e por que falar em crise?	43
3.2 Crises constitucionais já conhecidas: Rápidas passagens pelas experiências latinoamericanas	45
3.3 Inocuidade das reversões autoritárias e o novo cenário.....	48
3.4 Constitucionalismo Abusivo: Apresentação do autoritarismo furtivo constitucional	51
4. POR QUE SUBSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL E NÃO MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL?	54
5. PANORAMA BRASILEIRO: <i>DORES DE PARTO</i> DO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO?.....	60
5.1 A Emenda Constitucional nº 95 de 2016	60
5.2 Constitucionalismo abusivo no governo de Jair Bolsonaro: CPI da Covid e o PL 1074 de 2021	62
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

Há certa sedução que atinge com brilhantura todos os seres humanos: a de saber. Tomar conhecimento de algo até então desconhecido possivelmente está entre os desejos mais profundos das pessoas, seja de maneira mais academicista, em relação a um dado científico, por exemplo, ou algo mais vulgar, como uma informação sobre a vida alheia. Em ambos os casos, o saber seduz. Da nomadicidade do homem no paleolítico em busca de entendimento e adaptação, às pesquisas científicas atuais, a corrida da humanidade é centrada no saber, conhecer, perceber.

Dentre os caminhos desta corrida, pode-se dizer que há um fascínio particular em saber sobre o “ser”. Desde o botânico Lineu, que padronizou a maneira de dar nomes às espécies de animais - ou seja, definir o que são -, até a criança moderna menos entusiasta que insiste em perguntar o que é algo, todos têm um anseio por saber o que as coisas são. Todos os campos do saber inventados e organizados giram em torno desta máxima, e a razão para isso é simples: pontos de partida.

Do desconhecido, pouco se extrai. Saber o que algo é forma uma base sólida onde outrora não havia, permitindo ao homem que nela se firma, partir dali a algum outro lugar; como uma espécie de primeiro degrau. Saber o que alguma coisa é, não só permite descobrir afirmativas naturais de sua estrutura, mas também negativas. Isto é, saber o que é implica também em saber o que não é. Ao conhecer o ferro, naturalmente tomou-se ciência de que o ferro não era madeira, e também não era pedra, dando uma base para uma análise mais minuciosa do que o ferro poderia fazer.

A premissa sustentada até aqui não é útil apenas no que diz respeito às coisas, mas convém no que diz respeito às pessoas. Nunca houve tentativas tão exaustivas em relação ao autoconhecimento, ou melhor, nunca com tal nomenclatura clara. A humanidade tentando definir a si mesma de diversas maneiras tem sua origem no mesmo encantamento em saber as coisas: o ponto de partida. Já é suficientemente difundido que “fazemos o que somos, e não somos o que fazemos”, tendo o “ser” como o ponto de partida. Uma cadeira, por exemplo, é

usada como assento por ser uma cadeira, mas não se chama cadeira todo lugar de possível assento. Pontos de partidas são como os fundamentos lançados na construção de um edifício, que determinam como toda a obra vai seguir. Este pensamento explica a crescente discussão em torno do termo “identidade”, principalmente com os movimentos sociais surgidos a partir do século XX, gravitando em torno do “ser”. A identidade como ponto de partida para o entendimento de estruturas, sentimentos, visão social e comportamentos no tocante à esfera privada, e reivindicações de direitos em relação à esfera pública.

Toda a reflexão acima apresenta o início da discussão deste trabalho: O que é a Constituição? E neste ínterim, o que ela não é? Qualquer discussão acerca da constituição, seja ela qual for, deve começar traçando pontos centrais do que esta significa. Não há interpretação, aplicação ou segurança sem que estejam traçados tais parâmetros. Assim como um sujeito, a constituição tem complexas características. A linha identitária tem um caráter ambivalente: o impacto “interno” e o impacto “externo”; todas as identidades primeiro afirmam algo sobre aquele a quem elas caracterizam, e depois sobre sua manifestação ao mundo. Falar em identidade constitucional, assim dizendo, é falar sobre o texto constitucional que estabelece os parâmetros de sua estrutura. Não obstante, o texto é morto sem sua externalização ao mundo. Logo, a identidade constitucional não se limita apenas àquilo que o texto diz, mas ao montante que resulta da soma de seu texto e sua prática. Tal montante vai determinar a maneira como a constituição é vista por aqueles a quem submete. Uma vez aclarado o que ela é, há maior facilidade na percepção de possíveis violações, que é o objeto central deste estudo: Não o que a constituição é, mas o que ela *não é*.

Este trabalho se debruça sobre uma possível substituição da constituição - ou seja, transformação da constituição em algo diferente daquilo que ela é -. A lente da qual esta análise fará uso, é de um instituto chamado “Doutrina da não substituição constitucional”, formulada pela Corte Constitucional da Colômbia, que, não só buscou uma identidade constitucional colombiana, como estabeleceu parâmetros do que seria uma simples revisão constitucional comum, essencial para a saúde e a efetividade constitucional, em detrimento de atos violadores de sua identidade. É importante desde já pontuar, como ponto de partida teórico, que este trabalho, juntamente com os autores aqui utilizados, maneja a ideia de constituições democráticas, sendo assim, crises democráticas guardam profunda relação com crises constitucionais e substituição constitucional.

A tese de substituição constitucional construída pela Corte Constitucional Colombiana se dá dentro do campo de emendas constitucionais. Não obstante, como será visto neste escrito, mexer no texto constitucional diretamente e explicitamente não é a única maneira de alterar sua essência. O instrumento que será trabalhado como meio de substituição constitucional é um fenômeno chamado pelo professor David Landau de “Constitucionalismo abusivo” e pelo professor Adam Przeworski chama de “Autoritarismo furtivo”, que são enfraquecimentos constitucionais, logo, democráticos¹, a partir de práticas de atores políticos na interpretação e aplicação constitucional, transformando-a em algo que ela não é. A centralidade desta guisa de substituição é a sutileza. Os sujeitos políticos se utilizam de maneira farsante da lei, como se estivessem pautados em legitimidade, e assim, desmantelam o sistema democrático e constitucional.

O primeiro capítulo do presente trabalho terá como foco o levantamento teórico acerca da identidade constitucional, expressão não tão difundida no direito brasileiro – pelo menos acompanhado de um confronto justo de suas nuances, e a tentativa não exaustiva de uma construção da identidade constitucional brasileira que não se limita às cláusulas pétreas, a partir do entendimento de que o texto puro, por si só, é insuficiente para dar vida a uma identidade, sob o risco de um formalismo constitucional ineficaz para a garantia de direitos. O conceito será trabalhado principalmente a partir do debate estadunidense de identidade constitucional, com uma rápida passagem anterior pelo debate identitário.

Tendo em vista que, alguma definição da identidade constitucional brasileira estará pré-estabelecida, o trabalho seguirá no segundo capítulo dando forma à chamada doutrina da não substituição e como esta se conduziu na Colômbia, para estabelecer um eixo teórico do que seria o desmanche da identidade construída, o estudo dos limites entre a pura manutenção da constituição, melhor dizendo, sua simples continuidade, em detrimento de atos que violam seu núcleo essencial, tornando-a irreconhecível.

Seguidamente, o terceiro capítulo se curva diante da construção teórica de crise constitucional. Uma substituição constitucional instaura uma crise constitucional, não obstante, o entendimento do termo “crise” se vulgarizou, tornando-se quase um sinônimo de mera discordância política, o que enseja uma grave perda de significado textual. Deste modo, o

¹ Como dito acima, parte-se do pressuposto de constituições democráticas.

terceiro capítulo trabalhará a inteligência do conceito de crise ao longo do tempo e, principalmente, nas experiências na América Latina, mostrando como as rupturas constitucionais ocorridas fortaleceram o modelo de apodrecimento constitucional sutil atual.

O modelo de apodrecimento constitucional apresentado neste trabalho, porém, não é aquele que acontece necessariamente, ou melhor, exclusivamente por meio de ferramentas oficiais. Não obstante, defende-se que atos de governo ou reformas infraconstitucionais, ou seja, a prática constitucional é capaz de dismantelar a identidade constitucional sem mexer em seu texto. Por esta razão é que, o quarto capítulo tem como intuito mostrar a diferença entre a substituição constitucional tácita, que apodrece o sistema constitucional, do instituto de mutação constitucional como mera alteração no sentido da norma.

Uma vez lançados os fundamentos teóricos, este ensaio inicia uma narrativa e análise empírica no quinto capítulo, da Emenda Constitucional nº 95 de 2016 e de recentes nuances da recém criada Comissão Parlamentar de Inquérito criada para investigar os atos do governo federal na contenção do COVID-19, como a postura do atual presidente Jair Bolsonaro e o Projeto de Lei nº 1074/2021, na tentativa de observar a prática constitucional brasileira a partir das lentes do constitucionalismo abusivo, a fim de levantar a discussão sobre a possibilidade de haver crise no constitucionalismo brasileiro e, sendo a resposta positiva, perceber seu *modus operandi*.

1. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL, UM CONCEITO VIVO

O conceito “identidade constitucional” não é novo na discussão jurídica brasileira. Não obstante, o termo não é enfrentado pelos sujeitos que o interpretam com ávido e verdadeiro ímpeto de destrinchá-lo, mas sim, tratá-lo como um instituto de conteúdo óbvio para fundamentar outras pretensões. Entretanto, a identidade da constituição está muito longe de ser algo manifesto; de maneira oposta, construir tal conceito exige desafiar uma lista infinita de complexidades e tomar uma série de cautelas. Por essa razão que o presente trabalho dedica um capítulo cujo intento não é levantar afirmações manifestas doutrinárias, mas trazer uma perspectiva aplicada à experiência brasileira. Vale dizer que, a complexidade do termo não torna inócua a tentativa de enfrentamento; como bem afirma Laurence H. Tribe, os desacordos existentes sobre qual é a identidade constitucional não faz com que o problema da identidade constitucional não seja um problema da teoria constitucional propriamente, não obstante, apenas se deve reconhecer a responsabilidade do intérprete que busca extrair qual é a história que uma constituição conta².

Assim sendo, o primeiro movimento a ser feito, na verdade, é ir para o caminho oposto. Sair da realidade brasileira é essencial para o entendimento das não obviedades, uma vez que, falar em identidade constitucional no Brasil pode remeter diretamente às cláusulas pétreas – e apenas a estas. Mas esse não seria, de fato, o núcleo essencial da constituição, logo, aquilo que constitui sua identidade? A resposta dada neste trabalho é: sim e não. Ao sair do contexto brasileiro, percebe-se que a doutrina da identidade constitucional se fez mister em uma série de locais pois estes não têm algo como um núcleo entrincheirado e “petrificado”. Para além, constituições como a brasileira e a portuguesa, também necessitam de tal doutrina, uma vez que, como será visto a seguir, a identidade está muito além do próprio texto.

Não é pretendido na presente narrativa despendar linhas com conceituações extensas e sem propósito, pois estaria para além do recorte e limitação deste trabalho. Não obstante, para o entendimento mais acertado, faz-se mister o conhecimento do conteúdo e limites material e formal do que aqui é chamado de identidade constitucional, começando pelo próprio termo identidade. *Identidade seria a estrutura que constitui e torna algo o que é, sem a qual este não*

² TRIBE, A Constitution We Are Amending. Harv. L. Rev, v. 97, 1983.

o seria. Qualquer leitor razoável concordaria com o excesso de abstração de tal definição, logo, este será destrinchado nas linhas a seguir.

1.1 A construção da identidade constitucional com o *ser* e o *dever ser*

A identidade não é um conceito que permite uma predefinição mais concreta sem que seja dito qual é o objeto a quem esta caracteriza. A título de exemplo, as identidades individuais e construções do *self* são basicamente declaratórias, ou seja, atestam realidades. Os movimentos identitários com ascendência no século XX como o movimento feminista, movimento negro e movimento LGBT convergem na autoafirmação e reivindicação de direitos. A identidade individual é vista como um reflexo, o que impede que sua afirmação traga consigo algumas normatividades. Estas, porém, não são componentes centrais da identidade, no sentido de *condições sem as quais não há*.

Wallace Corbo maneja Axel Honneth em seu trabalho *Luta por reconhecimento*, que, tomando como base os pensamentos do filósofo estadunidense George Mead e do filósofo germânico Hegel, trabalha uma ideia ambivalente da construção da identidade de um sujeito a partir de lutas intersubjetivas, ou seja, a construção do Eu se dá, em um primeiro momento, uma ideação pessoal, um processo particular do individual que enseja, em um segundo momento, a necessidade de que o outro ratifique aquilo que foi entendido na empreitada particular³. Honneth explica esse processo em 3 momentos que predisõem características formadoras da identidade do sujeito: o Amor, o Direito e a Solidariedade⁴.

Corbo segue afirmando que, para Honneth, na esfera do amor, o reconhecimento primário se dá na construção da *autoconfiança* a partir do afeto e aceitação em relações mais íntimas, como família e amigos⁵. A afirmação do sujeito basicamente o reconhece como um ser legítimo no mundo. Exemplificativamente, Honneth faz uso dos estudos do Dr. Donald Winnicott sobre a relação entre o bebê e a mãe, afirmando que, o processo do bebê de se perceber enquanto um ser independente da mãe, tomar consciência de que ser algo e sua mãe ser alguma outra coisa, faz com que este conceba suas próprias necessidades e interesses. Assim, a partir do afeto e do

³ CORBO, Wallace. Identidade Constitucional: conceito, transformação e crise. 2020. Tese (Doutorado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

⁴ HONNETH, Luta por conhecimento. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.

⁵ CORBO, Wallace. Identidade Constitucional: conceito, transformação e crise. 2020. Tese (Doutorado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

atendimento de suas necessidades, a criança adquire uma autoconfiança em relação à sua integridade física e psicológica⁶. A partir daí o indivíduo fica apto para ampliar a esfera de reconhecimento para a fase do Direito.

Na etapa do direito, ocorre uma expansão da autoconfiança conquistada na esfera do Amor, onde o sujeito busca seu reconhecimento na esfera jurídica. É o ponto em que se desenvolve, segundo Honneth, o *autorrespeito*, em um panorama expandido da relação da criança e da mãe. Aqui, o sujeito ao reconhecer o outro como detentor de direitos e deveres, se vê como um, e, à medida em que as pretensões são saciadas, desenvolve-se a ideia de que há uma resposta a reivindicação do seu ser, logo, constrói-se nele uma ideia de autorrespeito⁷, partindo para a terceira etapa do reconhecimento.

Diante disso, o indivíduo dotado de autoconfiança e autorrespeito, passa para a terceira etapa do reconhecimento, que é a da Solidariedade⁸. O reconhecimento nesta etapa diz respeito às características e habilidades do ser em relação aos outros, e isso leva ao desenvolvimento da *autoestima*. Não diz respeito às pretensões jurídicas de direitos, mas trata-se da busca de autorrealização no campo social. Aqui o sujeito busca ser reconhecido pela coletividade, é uma espécie de estima social⁹. Assim sendo, a partir das atitudes positivas de autoconfiança, autorrespeito e autoestima trazidas pelas esferas de Amor, Direito e Solidariedade, o indivíduo constrói sua identidade em seus processos individuais e diante dos outros.

Perante o exposto, resta evidente que, a identidade individual não tem um caráter confrontador da realidade, pelo contrário, ele atesta. É basicamente um processo de descobrimento e não de um enfrentamento, não se tem aqui, pretensão alguma de mudar aquilo que se descobre. A descoberta é o fim de si mesma, sendo suficiente para ser postulada diante de outros, seja em relação a direitos reivindicados ou em relação à estima social. Pode-se afirmar aqui, que a identidade individual gira em torno de atestar o *ser*.

Assim também funciona com a construção de identidades coletivas, a estrutura de um povo que se organiza por algo em comum. O exemplo mais gráfico e didático para ilustrar uma

⁶ HONNETH, Luta por conhecimento. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ CORBO, Wallace. Identidade Constitucional: conceito, transformação e crise. 2020. Tese (Doutorado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

identidade coletiva, é a identidade nacional. A discussão acerca da identidade nacional se dá majoritariamente no campo dos limites da União Europeia, o bloco econômico dos países europeus. Um dos tratados que marcou o debate acerca da identidade nacional foi o Tratado de Maastricht de 1993, que foi assinado com o intuito de introduzir uma união política, trazendo um viés de integração, cidadania e política comum. O artigo 6(1) e 6(3) do Tratado de Maastricht trazia a seguinte redação:

1. A União assenta nos princípios da liberdade, democracia, respeito pelos direitos humanos liberdades fundamentais e do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros.
3. A União respeita as identidades nacionais dos seus Estados-Membros.¹⁰

Ao citar a identidade nacional, o ordenamento não se prestou a maiores especificações, podendo esta significar uma infinidade de variáveis. De acordo com Leonardo Besselink, um Estado não necessariamente tem uma identidade cultural e social única. Nas palavras do autor:

A identidade nacional não coincide necessariamente com a identidade do estado. Alguns dos Estados-Membros são multinacionais, como a Espanha e o Reino Unido. Muitos dos novos Estados-Membros são historicamente e de facto dominados por minorias étnicas e linguísticas, que também, de tempos a tempos, são referidas como nações num sentido "étnico". Se um Estado-Membro pode ter mais do que uma identidade nacional, a identidade de um Estado-Membro pode ser multinacional ou multicultural.¹¹

A discussão acerca das identidades nacionais no campo dos Estados-Membros da União Europeia ocorre principalmente por conta de dois institutos chamados por Besselink de "Euroceticismo" e "Multiculturalismo"¹², que consistem basicamente nas tensões entre alinhar todos os países como uma grande comunidade internacional europeia homogênea, em detrimento de comportar uma série de Estados-membros não integrados entre si, socialmente ou culturalmente. Assim sendo, o que basta para o estudo minucioso da identidade nacional de um povo é a percepção dele mesmo, melhor dizendo, de suas construções particulares, sua trajetória ao longo da história e suas relações subjetivas. Destarte, tanto as construções de identidades individuais como coletivas buscam uma confirmação do que se é, do *ser*.

¹⁰ Tratado de Maastricht, 7 de fevereiro de 1992. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/default/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

¹¹ BESSELINK, Leonard FM. National and constitutional identity before and after Lisbon. *Utrecht L. Rev.*, v. 6, p. 36, 2010

¹² *Ibid.*

Com a entrada em vigor do tratado mais recente, o Tratado de Lisboa em 2009, o conceito de identidade nacional mais explicitado começa a entrar em conflito com aquilo que pode ser chamado de identidade constitucional. Segue a redação do artigo com conteúdo equivalente à proteção da identidade nacional:

Artigo 4, n° 2: A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a sua identidade nacional, inerente às suas estruturas fundamentais, políticas e constitucionais, incluindo a autonomia regional e local. Deve respeitar as suas funções essenciais do Estado, incluindo assegurar a integridade territorial do Estado, manter a lei e a ordem e salvaguardar a segurança nacional. Em particular, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro.¹³

Note-se que, ao especificar traços da identidade nacional protegida e citar “estruturas fundamentais, políticas e constitucionais”, seguidas de funções essenciais de Estado, o tratado passa a abarcar mais do que algo que simplesmente atesta uma realidade, não obstante, versa sobre objetivos e intentos jurídicos estabelecidos para dirigir uma comunidade. Em outros termos, falar sobre estruturas políticas, é falar sobre um projeto. Um projeto não é uma representação da realidade, mas sim um plano diretivo. É inerente à ideia de um plano político, a mudança da realidade e não apenas sua manutenção. À vista disso, falar em identidade constitucional é falar sobre um *dever ser*.

Vale atentar-se ao fato de que, tratar do caráter programático de uma identidade constitucional não é dizer que esta não guarda relação com a realidade, afinal, de acordo com a classificação das constituições, existem constituições com características propriamente compromissórias¹⁴. É apenas dizer que, como afirma Carl Schmitt, a constituição tem um caráter bidimensional, constituída pela dimensão de fato e uma dimensão ideal. A dimensão factual trata daquilo que seria equivalente ao ser, aquilo que dialoga com a realidade. E a dimensão ideal seriam as diretrizes traçadas para o projeto político.¹⁵

¹³ Tratado de Lisboa, 13 dez. 2007. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12007L:PT:HTML>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

¹⁴ Segundo a classificação moderna das constituições, uma constituição dirigente e, em outros termos, compromissória, é aquela que pretende uma evolução política, opondo-se às constituições garantia, que por sua vez têm como características o limite do poder estatal, garantindo direitos e garantias individuais. A característica da constituição de não ser uma pura representação do *ser* não obsta esta classificação uma vez, trata-se de mera predominância no conteúdo das normas, e não de uma estrutura inerente à produção constitucional. Um exemplo é a própria Constituição Federal de 1988, que contém normas dirigentes e programáticas, e, sendo também, um dos melhores exemplos para a ilustração para o *dever ser*.

¹⁵ SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, Madrid: Alianza, 1992.

E tais diretrizes, segundo o mesmo, são feitas a partir de uma decisão política fundamental. Como afirma Wallace Corbo:

Disto decorre a conhecida distinção conceitual que Schmitt tece entre Constituição (enquanto unidade, enquanto decisão política fundamental) e leis constitucionais (enquanto particularidades, aquelas normas inseridas no texto escrito, cuja alteração exige procedimento qualificado, mas que não tem conteúdo fundamental). Se a Constituição (e não as leis constitucionais), adotada pelo Poder Constituinte, contém a “totalidade da unidade política considerada em sua particular forma de existência”, surge aí uma primeira formulação relevante para fins de pensar o conceito de identidade constitucional. Pois dizer o que caracteriza uma dada constituição implica precisamente extrair os traços caracterizadores de tal decisão fundamental. Na expressão de Schmitt, as decisões políticas fundamentais “denunciam a forma política de ser do povo alemão e formam o pressuposto básico para todas as normativas ulteriores, incluindo as leis constitucionais”.¹⁶

A partir da ideia de poder constituinte, Schmitt afirma que a decisão política fundamental tomada pelo legitimado poder constituinte originário não estará sujeito à substituição, diferentemente das leis constitucionais, por serem coisa diversa da unidade política constitucional¹⁷. Schmitt inicia a teoria de que existe um núcleo que, se mexido, desmantela a constituição, ao mesmo tempo que todo o restante pode ser alterado, e a constituição permanece intacta. A diferenciação de Schmitt lança um importante fundamento que desde já, impede que a identidade constitucional venha a ser um termo vulgarizado: Leis constitucionais, ou seja, disposições entrenchadas no texto constitucional podem não fazer parte do núcleo estrutural da política fundamental. Afinal, existe uma extensa lista de motivos para que uma disposição esteja formalizada no texto constitucional, dentre elas, uma mera preferência não essencial. Assim sendo, a identidade constitucional como ponto de partida para análise de um possível constitucionalismo abusivo levará em consideração o que for morfológico à decisão política fundamental constitucional e não ao que não aparentar compor este núcleo.

Para não prosseguir com conceituações vagas, é importante a definição do que se entende por constituição e qual seria a expressão constitucional brasileira para o *ser* e o *dever ser*. Vale desde já dizer, que este trabalho não tem como objeto puro a doutrina da identidade constitucional, pois isto demandaria muito mais do que os limites e recortes aqui estabelecidos, mas para fins de estrutura e premissas, o próximo tópico se ocupará da tentativa de explicitar a

¹⁶ CORBO, Wallace. Identidade Constitucional: conceito, transformação e crise. 2020. Tese (Doutorado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁷ SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, Madrid: Alianza, 1992

identidade constitucional brasileira aqui admitida, e o conteúdo daquilo que estará sendo dito ao analisar uma possível substituição constitucional

1.2 “Você quer dizer o texto, certo?”

Em sua obra *“The Endurance of National Constitutions”*, Ginsburg, Melton e Elkins afirmam que Walter Murphy, renomado estudioso do direito constitucional, tem o costume de entrar em conversas sobre constituições e perguntar *“você quer dizer o texto, certo?”*¹⁸. Com esta anedota, inicia a construção do que este trabalho entende como constituição, e apenas este tópico, daria uma dissertação própria, vide a quantidade de nuances que cercam este tema. Como o subtítulo já diz, apesar do conceito de identidade constitucional aqui trabalhado ter seu caráter fluido e pouco dogmático, entende-se a importância de ter o texto escrito como o parâmetro estabelecido para um primeiro olhar do que se entende por constituição por duas razões que serão explicitadas a seguir.

A primeira delas é por recorte instrumental. Como não se trata de uma criação de doutrina científica, mas sim de um trabalho de conclusão de curso, o caráter conclusivo não permite grandes fugas e abstrações da doutrina majoritária. A segunda delas é que, não há como ignorar o contexto brasileiro, quando se fala dele. A experiência constitucional brasileira é uma experiência constitucional escrita, assim sendo, mesmo com a utilização de grandes nomes da teoria constitucional estrangeira para a defesa de uma identidade constitucional fora do texto entendido como bloco de constitucionalidade, a realidade seria a de que o Brasil contém um longo texto constitucional, com um núcleo básico decidido a partir de cláusulas pétreas. Isto não significa adesão completa a teorias fundacionais como a de Edmund Burke e nem a teorias construtivistas como a de Bruce Ackerman¹⁹, mas a de que a constituição como decisão política fundamental, traçou seu *ser e dever* e que, antes de buscar como os parâmetros podem ser diversamente interpretados pela sociedade viva e constante mudança e necessidade de adaptação dos termos à realidade, sob pena de narcisismo constitucional²⁰, faz-se necessário

¹⁸ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge; New York; Melbourne; Madrid; Cape Town; Singapore: Cambridge University Press, 2009, p. 152.

¹⁹ ACKERMAN, Bruce, *We the people: foundations*, Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

²⁰ BOTELHO, Catarina Santos. Constitutional Narcissism on the Couch of Psychoanalysis. *European Journal of Law Reform*, v. 21, n. 3, p. 345, 2019.

antes estabelecer os termos integrantes da identidade constitucional brasileira que estarão sujeitos a esta interpretação viva.

1.3 A identidade constitucional brasileira muito além do texto

A constituição brasileira traz em seu art. 60, §4º, as chamadas cláusulas pétreas, que contém um núcleo petrificado que não pode ser objeto de emendas constitucionais que tendem a abolir seus institutos protegidos. Em um olhar frio, parece este ser o núcleo constitucional brasileiro que o trabalho se propôs a delimitar, não obstante, esta seria uma conclusão simplista, nada obstante, desatentar a ela seria um erro. Apesar de talvez desanimar o leitor que vem procurando um conceito aberto e socialmente construído de identidade constitucional brasileira, já foi tratado acima que, por limites instrumentais, tem-se buscado conceitos objetivos, sob pena da fluidez obstar o intuito demonstrativo do trabalho. Logo, as cláusulas serão um ponto de partida para análise, uma vez que, não há como ignorar a escolha do poder constituinte originário, em aplicar maior rigidez a tais temáticas.

As cláusulas não constituem por si só, epistemologicamente, um núcleo essencial. Ao contrário, se assim o poder constituinte originário quisesse, este poderia escolher proteger qualquer norma de natureza organizacional de emendas. Porém, dada a intangibilidade dos assuntos, eles suscitam maior atenção. A discussão acerca da identidade constitucional e das cláusulas de eternidade é infinita, e esta última está longe de abarcar de maneira taxativa o conceito daquela. Entretanto, as cláusulas pétreas serão analisadas para fins de construção teórica deste trabalho.

O parágrafo 4º do art. 60 da Constituição Federal afirma:

§ 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.²¹

Vale um exame das disposições através de um objetivo claro: As disposições contidas nas cláusulas pétreas estão assim entrincheiradas pois fazem parte de um núcleo essencial sem o

²¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

qual a Constituição de 1988 seria coisa diversa? Para o início da resposta, é válido perceber o que se entende como elementos estruturais de uma constituição desde o seu começo. A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, que será vista nos capítulos abaixo, rege que a proteção de direitos individuais e a separação de poderes pressupõem uma constituição, somada pela doutrina majoritária à ideia de estado de direito como pressuposto deste, uma vez que a separação de poderes e a ideia garantias individuais precisam partir da premissa de um governo do direito. Deste modo, estes três institutos formam o trio do que majoritariamente se entende como constituição. Não obstante, o próprio texto constitucional resguarda os direitos e garantias individuais e a separação de poderes, podendo extrair implicitamente o conceito de estado de direito uma vez que este é o pilar para uma federação – outro elemento incluso nas cláusulas pétreas - e um regime democrático – instituto extraído do elemento “voto” contido nas cláusulas pétreas -. Percebe-se aqui, que os elementos criam uma relação de cadeia, um depende do outro, e todos sustentam o que vem a ser a Constituição de 1988. Assim sendo, pode-se admitir que o poder constituinte entendeu que para a sobrevivência constitucional, ou seja, para que a constituição permaneça sendo (*ser*) e se tornando (*dever ser*) aquilo que foi proposta a ser, esta deveria resguardar: **(i)** os direitos e garantias individuais; **(ii)** a separação de poderes **(iii)** o regime democrático **(iv)** a federação **(v)** e implicitamente, o estado de direito. Esta é a identidade que a Constituição Federal de 1988 se propôs a ter aprioristicamente.

Não obstante, ao observar o texto em completude, é evidente que a Constituição Federal se preocupou com uma temática que não está entre suas cláusulas de eternidade: os direitos sociais. Para além do artigo 6²² que trata exclusivamente deles, e do artigo 7²³ que trata dos direitos trabalhistas, há disposições ao longo de todo texto constitucional nos quais há princípios dos direitos sociais. Um grande exemplo é o art. 170 da Constituição, no título que trata da ordem econômica financeira, que conta com o inciso III aplicando como princípio da ordem econômica, a função social da propriedade. Para além, a Constituição Federal conta com um título próprio, o Título VIII, só para a ordem social. Assim sendo: a identidade constitucional brasileira acrescida dos direitos de segunda geração, admitida neste trabalho seria: **(i)** os direitos

²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

²³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

e garantias individuais; **(ii)** a separação de poderes **(iii)** o regime democrático **(iv)** a federação **(v)** implicitamente, o estado de direito; **(vi)** os direitos sociais.

Na doutrina da substituição constitucional que será vista nos próximos capítulos, um dos requisitos para a configuração de um elemento como elemento essencial integrante da identidade constitucional, era que ele sustentasse outras disposições constitucionais, de modo estrutural. Apesar de ser passível de críticas, um leitor razoável ao folhear a Constituição Federal percebe que, a maior parte de suas disposições estão profundamente fundamentadas nos elementos acima, trazendo sentido para esse rol.

Nada obstante, as cláusulas pétreas que, em tese, protegem 4 das 6 disposições, apenas exercem proteção contra *emendas constitucionais* que intentem contra sua existência diretamente e, como será visto neste trabalho, esta não é a única e nem mais frequente forma de mudança constitucional nos últimos anos, dada a experiência sul americana. Para além, manter uma identidade constitucional é mais do que não destruí-la, é caminhar para torná-la mais real, dado o caráter do *dever ser*. Logo, existem dois fundamentos a serem lançados para o seguimento do trabalho: i. Emendas constitucionais *diretas* não são a única forma de mudança constitucional e ii. Qualquer ato que ao invés de avançar nas diretrizes da identidade constitucional, retrocedem, trabalham para destruir a identidade constitucional. Lançados tais fundamentos, segue-se para o desenvolvimento da doutrina da não substituição constitucional para instrumento e estabelecimento de critérios para análise posterior da experiência brasileira.

2. A DOUTRINA DA NÃO SUBSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 Pressupostos constitucionais e contexto histórico da Constituição Política Colombiana de 1991

A Carta Magna colombiana de 1991 se difere da estrutura da Constituição Federal de 1988 e de toda a experiência do constitucionalismo brasileiro em todos os aspectos que impactam uma narrativa e trazem ao mundo seu resultado: uma constituição. A começar pelo caminhar ao longo da história, faz-se mister entender os antecedentes políticos e sociais que levaram à Carta. Nas palavras de Carlos Bernal:

A promulgação da Constituição Política de 1991 implicou mudanças estruturais e substanciais, tanto no sistema político quanto no sistema jurídico da Colômbia. Antes vigorava a carta de 1886, criada pelos revolucionários burgueses americanos e omitiam proteção ao ser humano e estava centrada no modelo de Estado. Com a adoção do Estado Social de Direito, a Carta de 1991 ganhou um ar antropocêntrico, onde a constituição deixou de ser considerada como um simples acordo político para se consolidar como norma jurídica de maior hierarquia, sendo seu conteúdo o critério de validade material de todo o sistema jurídico.²⁴

À vista disso, a Carta de 1991 representa para a leitura jurídica local e para os cidadãos, avanço. Em detrimento da Carta de 1886, de caráter conservador, o documento político de 1991 exhibe um rol superabundante de direitos e garantias fundamentais, ocupando esta uma parte significativa do conteúdo integral da constituição.

Fato é que, dada a origem da Carta de 1991, não teria como ser diferente. Nas eleições colombianas em março de 1990, estava prevista a escolha de senadores, deputados à Câmara, deputados de assembleias locais, vereadores, prefeitos e o candidato presidencial do Partido Liberal, totalizando seis cédulas. Mas houve uma sétima. Chamada de *séptima papeleta*, ela foi distribuída nas ruas, pelos jornais, para que as pessoas levassem e depositassem nas urnas. O movimento da sétima papeleta surge com o movimento estudantil das universidades, e chamava o povo para votar por uma nova Assembleia Constituinte, uma vez que, a Carta de 1886 ainda previa pena de morte, proibia o divórcio e dava poderes arbitrários ao Chefe do Executivo. Em

²⁴ RAMÍREZ, Paulo Bernardo Arboleda. Teoría de la sustitución constitucional en Colombia. SUJETOS DE ESPECIAL, p. 80.

um contexto de guerras regionais contra grupos do narcotráfico, a morte do candidato favorito à presidência, Luis Galán²⁵, a instabilidade imperava e a insatisfação tomou forma.

No dia 11 de março de 1990, mais de 3 milhões²⁶ de colombianos votaram a favor de uma nova constituinte, fazendo com que o presidente à época, Virgilio Barco, decretasse estado de sítio, convocando plebiscito constitucional. Conforme versa Rubén Martínez Dalmau e Gladstone Leonel da Silva Júnior:

A “sétima papeleta” possibilitou que eleições que, formalmente, pouco incidiriam na transformação do país, se convertessem em um verdadeiro plebiscito constituinte a favor ou contra uma nova Constituição. A Assembleia Constituinte democraticamente eleita após o referendo, consciente das dimensões históricas de sua função, não se limitou a reformar a Constituição de 1886, mas foi mais longe: avançou até uma Constituição, a de 1991, que lavou o rosto do país e o colocou, em alguns aspectos, no lugar que lhe era devido. Com todas as suas dificuldades, a Constituição de 1991 surge em condições realmente inóspitas devido ao crescente neoliberal. Mesmo assim, foi possível melhorar a tutela de direitos, criar uma Corte Constitucional que constrói jurisprudência ao nível dos melhores tribunais do mundo, ou mesmo impedir a segunda reeleição de Álvaro Uribe. Nada disso seria possível sem uma mudança democrática da Constituição. Hoje, os colombianos debatem na sociedade entre avançar em um novo processo constituinte ou aprofundar o processo constitucional; contudo, eles já fizeram a parte do trabalho que lhes correspondia²⁷

Os avanços para o resguardo dos direitos fundamentais se deram, não obstante, antes do movimento por uma Carta Política completamente nova, a Corte Suprema de Justiça já desenvolvia teses de proteção às poucas garantias individuais e sociais da Carta de 1886. Um importante julgado foi a Sentença de 5 de maio de 1978, cujo objeto era o Ato Legislativo nº 2 de 1977 que tinha por conteúdo uma convocação para uma Assembleia Constituinte em prol de uma reforma constitucional na Administração Departamental e instituições como Ministério Público e Conselho de Estado. A Corte Suprema de Justiça colombiana, que não foi a principal Corte na construção jurisprudencial na construção da doutrina da não substituição²⁸, mas principiou o que se entende como preservação de um núcleo básico constitucional, no referido

²⁵ PARDO, Daniel. Qué fue la Séptima Papeleta, el movimiento que cambió Colombia hace 30 años (y por qué sus demandas aún están insatisfechas). BBC News, 2020. Disponível em <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51829209>>

²⁶ Não se sabe ao certo o número de colombianos que votaram aprovando a Assembleia. Algumas fontes jornalísticas afirmam até o número de 5 milhões, outras afirmam pouco mais de 1 milhão. A escolha do número para fins deste trabalho foi o utilizado pelo professor Carlos Bernal em seu artigo Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, p. 339–357, 2013.

²⁷ DALMAU, Rubén Martínez; DA SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel. O novo constitucionalismo latino-americano e as possibilidades da constituinte no Brasil. *CONSTITUINTE EXCLUSIVA*, p. 21, 2014.

²⁸ A Corte Constitucional de Justiça foi instituída pela Constituição de 1886, não havendo ainda propriamente uma Corte Constitucional, órgão que veio a existir com o advento da Carta Política de 1991.

julgado decidiu que o poder de reforma deveria preservar a identidade política e respeitar os ritos procedimentais contidos na Carta, exaltando ainda, o povo como constituinte originário e único legitimado à construção de identidades:

“Porque, na verdade, o ato criador do Estado, o ato constituinte, a aceitação do princípio da legitimidade de um Estado e seu ordenamento jurídico, pertencem de forma iminente, exclusiva e indelegável ao constituinte primário, ao povo ou à própria Nação, visto que se trata de tomar consciência e afirmar seu ser, sua identidade, sua existência e identidade, sua personalidade histórica. Poder que é inerente ao grupo humano total em questão e a mais ninguém. É o que diz o artigo 2 da Constituição colombiana quando afirma que “a soberania reside fundamental e exclusivamente na Nação” e que, por isso, ela é a criadora da estrutura de poder em que consiste o Estado. Nesse sentido, a Constituição só é mutável pela Nação, constituinte principal, poder supremo supraconstitucional, anterior e superior ao Estado e sua Constituição. Poder original, não derivado, factual, político, fonte de poderes jurídicos, de competências do Estado.”

Nada obstante, não houve maior aprofundamento e enfrentamento em relação ao conteúdo abstrato ou concreto de uma identidade constitucional, ou de mecanismos fáticos para sua proteção. Com a chegada da Carta Política de 1991, foi instituída a Corte Constitucional Colombiana com o intento de realizar a guarda da supremacia e integridade da Carta²⁹.

²⁹ COLOMBIA, Constituição Política, Artigo 241. Ao Tribunal Constitucional compete zelar pela integridade e supremacia da Constituição, nos estritos e precisos termos deste artigo. Para tanto, cumprirá as seguintes funções:

1. Deliberar sobre as pretensões de inconstitucionalidade que os cidadãos promovam contra os atos de reforma da Constituição, qualquer que seja a sua origem, apenas por vícios processuais na sua constituição.
2. Deliberar, previamente ao pronunciamento popular, sobre a constitucionalidade da convocação de referendo ou de Assembleia Constituinte para reformar a Constituição, apenas em relação a vícios processuais na sua formação.
3. Decidir sobre a constitucionalidade de referendos sobre leis e consultas populares e plebiscitos da ordem nacional. Este último apenas em relação a vícios processuais na sua convocação e implementação.
4. Deliberar sobre as reclamações de inconstitucionalidade apresentadas pelos cidadãos contra as leis, tanto por seu conteúdo material como por vícios processuais em sua formação.
5. Deliberar sobre as reclamações de inconstitucionalidade apresentadas pelos cidadãos contra os decretos com força de lei editados pelo Governo com base no Artigos 150 incisos 10 e 341 da Constituição, por seu conteúdo material ou por vícios processuais em seu treinamento.
6. Deliberar sobre as desculpas a que se refere o artigo 137.º da Constituição.
7. Decidir definitivamente sobre a constitucionalidade dos decretos legislativos ditados pelo Governo com base nos artigos 212, 213 e 215 da Constituição.
8. Decidir definitivamente sobre a constitucionalidade dos projetos que tenham sido contestados pelo Governo como inconstitucionais, e os projetos de lei estatutário, tanto pelo seu conteúdo material quanto pelos vícios processuais em sua Treinamento.
9. Rever, na forma determinada por lei, as decisões judiciais relacionadas com a ação de proteção dos direitos constitucionais.
10. Decidir definitivamente sobre a exequibilidade de tratados internacionais e as leis que os aprovam. Para tanto, o Governo irá encaminhá-los ao Tribunal, dentro de seis dias após a promulgação da lei. Qualquer cidadão pode intervir para defender ou contestar sua constitucionalidade. Se o Tribunal os declarar constitucionais, o governo pode efetuar a troca de notas; caso contrário, não serão ratificados. Quando uma ou mais regras de um tratado multilateral são declaradas inexecutáveis pelo Tribunal Constitucional, o Presidente da República apenas pode exprimir o consentimento formulando a reserva correspondente.
11. Definir suas próprias regras.

Para o entendimento lúdico do desenvolvimento da doutrina da não substituição constitucional, é necessário lançar uma informação base: a Carta Política de 1991, ao contrário da Constituição brasileira, não contém as chamadas cláusulas de eternidade. Logo, tratando-se de uma agenda política com certa experiência em reformas, e uma nova constituição com uma série de garantias fundamentais, a questão que logo vem à tona é: quais são os mecanismos que a Carta propõe para a preservação dos avanços constitucionais conquistados?

A resposta não alenta. No decorrer da longa redação dos incisos do artigo 241, artigo que institui a Corte Constitucional Colombiana, percebe-se que a preocupação das funções da corte enquanto guardião da ordem constitucional foi apenas em relação à constitucionalidade formal, alegação provada pela quantidade de vezes que a palavra “processual” e variáveis aparecem no corpo do artigo, sendo o conteúdo material citado pouquíssimas vezes em relação a temáticas específicas³⁰. Para além, dos incisos 1 a 3 do artigo 241, que versam sobre a possibilidade de o Tribunal Constitucional exercer o controle de constitucionalidade sobre atos de reforma da constituição, referendos ou Assembleias constituintes, consultas populares, plebiscitos e leis, têm uma frase que dá fim a todas as redações: “apenas em relação a vícios processuais”. A Carta Política confirma o pressuposto levantado quando, em seu Título XIII, nomeado “Da reforma da constituição”, os sete dispositivos que o integram tratam de limitações processuais ao poder de reforma. Como bem colocou Wallace Corbo:

O procedimento de reforma previsto no texto da Constituição colombiana, por sua vez, não traz maiores limitações materiais ao poder constituinte derivado. O artigo 374 da Constituição da Colômbia limita-se a prever um poder geral de reforma constitucional que é atribuído ao Congresso, a uma Assembleia Constituinte ou ao povo mediante referendo. Pelo Congresso, uma reforma deve ser aprovada em dois turnos de votação, respectivamente pelos quóruns de maioria simples e de maioria absoluta de cada casa legislativa (Art. 375³¹). Adicionalmente, o Congresso pode também aprovar, por maioria dos membros de cada casa, lei convocatória de Assembleia Constituinte, eleita pelo voto direto (Art. 376³²). E, por fim, estabelecendo

³⁰ *Ibid.*

³¹ COLOMBIA, Constituição Política, Artigo 375. O Governo, dez membros do Congresso, vinte por cento dos vereadores ou deputados e cidadãos em número equivalente a pelo menos cinco por cento do atual censo eleitoral podem submeter projetos de atos legislativos. O trâmite do projeto ocorrerá em dois períodos ordinários e consecutivos. Aprovado no primeiro deles pela maioria dos participantes, o projeto será publicado pelo Governo. No segundo período, a aprovação exigirá o voto da maioria dos membros de cada Câmara. Neste segundo período, apenas as iniciativas apresentadas no primeiro podem ser discutidas

³² COLOMBIA, Constituição Política, Artigo 376. Por lei aprovada pela maioria dos membros de ambas as Casas, o Congresso pode estabelecer que as pessoas por voto popular decidam se convocam uma Assembleia Constituinte com a competência, o período e a composição determinados pela mesma lei. Entender-se-á que o povo convoca a Assembleia, se aprovado por pelo menos um terço dos membros do rol eleitoral. A Assembleia deve ser eleita pelo voto direto dos cidadãos, em um ato eleitoral que não pode coincidir com outro. A partir da eleição, o poder ordinário do Congresso de reformar a Constituição durante o mandato indicado para a Assembleia cumprir suas funções será suspenso. A Assembleia adotará seus próprios regulamentos.

mecanismos mais rígidos de alteração de determinadas normas constitucionais, a Carta Magna colombiana prevê que, se assim requerido por ao menos 5% (cinco por cento) dos cidadãos, deverão ser submetidas a referendo as reformas aprovadas pelo Congresso que tratem de direitos e garantias fundamentais, de procedimentos de participação popular e do Congresso (Art. 377³³). Para que seja aprovada, uma reforma constitucional submetida a referendo deve receber, ainda, o voto afirmativo da maioria dos votantes, devendo esse número exceder, no mínimo, 25% do total do eleitorado (Art. 378³⁴). Ressalvados, portanto, o limite procedimental ao poder de emenda e a maior rigidez constitucional a que podem ser submetidas determinadas matérias, fato é que a Constituição colombiana não deixa expressamente a salvo do poder constituinte reformador nenhum tema específico.³⁵

A preocupação com os aspectos formais quase que exclusivamente, foi o ponto de partida para o que viria a ser a teoria dos limites implícitos da constituição, levando à doutrina da não substituição constitucional, tópico que será explorado a seguir.

2.2 Análise Jurisprudencial da construção da doutrina da não substituição constitucional

Em 2003, o presidente à época, Álvaro Uribe, editou a lei 796, que convocava o povo colombiano para um referendo, para decidir sobre uma proposta de reforma constitucional, que continha, entre eles: Impossibilidade de se eleger a cargos públicos pessoas condenadas pela comissão de delitos que afeta o patrimônio do Estado, diminuição do Congresso e redistribuição de cargos elegíveis entre grupos e minorias, limitação do teto de aposentadoria de cargos de natureza pública, calendário eleitoral, limitação do direito ao voto, entre outras coisas. Chegando à Corte para a análise de constitucionalidade como C-551/2003, esta teve que enfrentar aparentes restrições ao seu exercício: O artigo 241 que previa sua atuação apenas em relação à vícios de procedimento e, o artigo 379, que obsta o controle material, permitindo apenas o formal.

³³ COLOMBIA, Constituição Política, Artigo 377. Deverão ser submetidas a referendo as reformas constitucionais aprovadas pelo Congresso, quando se refiram aos direitos reconhecidos no Capítulo 1 do Título II e a suas garantias, aos procedimentos de participação popular, ou ao Congresso, se assim o solicita, dentro dos seis meses seguintes à promulgação do Ato Legislativo, cinco por cento dos cidadãos que integrem o censo eleitoral. A reforma se entenderá derogada pelo voto negativo da maioria dos eleitores, sempre que na votação tenha participado ao menos um quarto do censo eleitoral.

³⁴ COLOMBIA, Constituição Política, Artigo 378. Por iniciativa do governo ou dos cidadãos, nas condições do artigo 155, o Congresso, por meio de lei que exija a aprovação da maioria dos membros de ambas as Casas, pode submeter a referendo um projeto de reforma constitucional que o próprio Congresso incorpore à lei. O referendo será apresentado para que os eleitores possam escolher livremente na agenda ou nos artigos em que votam positivamente e votam negativamente. A aprovação de reformas da Constituição por meio de referendo requer o voto afirmativo de mais da metade dos eleitores, e que esse número exceda um quarto do total de cidadãos que integram o censo eleitoral.

³⁵ CORBO, Wallace. Identidade Constitucional: conceito, transformação e crise. 2020. Tese (Doutorado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

A Corte assim inicia seu desenvolvimento, defendendo sua própria competência para análise do caso, construindo uma doutrina baseada na figura central do *poder constituinte originário*. O Tribunal alega que, para observação de possíveis vícios procedimentais, ainda que não seja feito um controle material, é necessária a observância material de normas constitucionais. A principal argumentação da Corte é que, a constitucionalidade da lei em questão diz respeito à possibilidade de o Presidente promover uma reforma tratando-se daqueles temas, e isto não seria um controle material, não obstante, seria um controle procedimental, por versar sobre *vício de competência*³⁶. Gonzalo Ramirez Cleves explica que, a corte traça um caminho de distinção entre os vícios de formação e vícios materiais, tendo por entendimento que os vícios de competência abarcam os dois modelos, por este constituir a base do trâmite de uma lei ou um ato, sendo assim seria possível sua análise pela Corte³⁷. A ideia do poder constituinte originário entra em cena, uma vez que, para a Corte, o cerne da questão era: os temas objeto do referendo estão dentro das atribuições possíveis do poder reformador?

A pergunta feita levava a outra ainda mais estrutural: Quais são os limites materiais do poder de reforma? A Corte, partindo do pressuposto de que tudo se tratava de uma análise de competência, passou a desenvolver a doutrina dos limites materiais ao poder de reforma, diferenciando o que é alterar a constituição e substituí-la. O poder constituinte originário, aquele que ensejou a fundação da constituição, não é passível do exercício de controle de constitucionalidade judicial, não obstante, o poder constituinte derivado, o reformador, mesmo sem a presença de limites materiais explícitos, ou seja, do estabelecimento de assuntos que compreendem um núcleo essencial constitucional, não é permitida uma reforma que venha a suprimi-la.

Para saber se o poder de reforma, incluindo o caso do referendo, incorreu em um vício de competência, o juiz constitucional não realiza um controle similar ao que ele realiza ao julgar a exequibilidade de uma norma legal, mas se limita a analisar se a constituição foi ou não substituída por outra, para a qual é preciso levar em conta os princípios que a Constituição contém e os que decorrem do bloco da constitucionalidade. Por exemplo, o poder de reforma não poderia ser usado para substituir o estado social e democrático de direito de maneira

³⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-551/2003, julg. em 9 de julho de 2003.

³⁷ CLEVES, Gonzalo Andrés Ramírez et al. Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Books, v. 1, 2005.

republicana³⁸ por um Estado totalitário, por uma ditadura ou por uma monarquia, pois isso implicaria que a Constituição de 1991 foi substituída por outra diferente, embora o poder da reforma tenha sido formalmente usado.³⁹ De acordo com a corte, o poder de reforma pode modificar qualquer disposição do texto atual, mas sem que tais reformas, suponham a supressão da atual Constituição ou sua substituição por uma nova Constituição⁴⁰. Na mesma linha, afirma Corbo:

Veja-se, portanto, que ao mesmo tempo que reconheceu a possibilidade de alteração de qualquer norma constitucional pelo poder constituinte derivado, a Corte Colombiana também afirmou que uma reforma não pode implicar a supressão da Constituição vigente ou a substituição da Constituição por uma nova. Isso sob pena de violar o próprio Título XIII da Constituição Política de 1991, que trata da reforma e não da eliminação ou substituição da constituição (o que, como afirmou o Tribunal, poderia ter sido previsto pelo poder constituinte originário, a exemplo de outras constituições).⁴¹

A Conclusão da Corte Constitucional é que o poder de reforma tem intrinsecamente em seu conceito, *limites materiais*, uma vez que reformar a Carta Política não significa subverter sua integridade:

“Para saber se o poder de reforma, incluído o caso do referendo, incorreu em um vício de competência, o juiz constitucional deve analisar se a Carta foi ou não substituída por outra, para o que é necessário ter em conta os princípios e valores que a Constituição contém e aqueles que surgem do bloco de constitucionalidade, não para revisar o próprio conteúdo da reforma comparando um artigo do texto reformador com a regra, norma ou princípio constitucional – o que equivaleria a exercer um controle material”⁴²

O tribunal não entrou em maiores detalhes em relação à doutrina da substituição constitucional, tais como requisitos ou delimitações exatas, principalmente em relação ao *bloco de constitucionalidade* citado. Para além dos exemplos negativos, como em relação à forma republicana de estado e ao estado democrático, não houve maiores explicações do que seria de fato substituir uma constituição e do que seria alterá-la. Porém, a citação de uma limitação à substituição, configura um marco, e assim podem ser resumidas as conclusões, nas palavras de Arboleda:

a. O poder de reforma definido pela Constituição colombiana está sujeito a limites de competência; **b.** Sob esses limites de competência, o poder da reforma pode reformar

³⁸ Previsto no artigo 1º da Carta Política da Colômbia de 1991.

³⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-551/2003, julg. em 9 de julho de 2003.

⁴⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-551/2003, julg. em 9 de julho de 2003.

⁴¹ CORBO, Op. cit. p.60.

⁴² COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-551/2003, julg. em 9 de julho de 2003.

a constituição, mas não pode substituí-la por uma integralmente diferente ou oposta; **c.** Para determinar se uma reforma específica da Constituição é, de fato, uma substituição da Constituição, é necessário levar em consideração os **princípios e valores da ordem constitucional que lhe conferem identidade**; **d.** A Constituição não contém cláusulas nem princípios intangíveis; portanto, todos os seus preceitos estão sujeitos a reforma pelo procedimento previsto; **e.** O poder da reforma não pode, no entanto, revogar, subverter ou substituir completamente a Constituição; **f.** Somente o constituinte primário teria a possibilidade de produzir essa substituição.⁴³

O próximo julgado na linha da construção da doutrina da não substituição é o C-1200/03, este tratando-se da apreciação de 2 artigos do ato legislativo 3 de 2002, que reformava a Constituição para criação de uma comissão com vários atores públicos. O problema constitucional levantado se deu porque os dispositivos acrescentavam poderes extraordinários ao Presidente da República, violando a norma que regula tal faculdade⁴⁴. A Corte baseou-se na mesma ideia do julgado anterior, não obstante, avançou na definição da doutrina da não substituição ao afirmar que existe uma classificação quanto à extensão da substituição constitucional: substituição *parcial* e substituição *total*. O Tribunal toma por exemplo de substituição parcial, a hipótese de uma proposta de reforma versando sobre a mudança de forma de governo da Colômbia de uma república para uma monarquia parlamentar, não obstante, se mantendo com um sistema democrático, pluralista, respeitador dos direitos humanos e sujeito à regra social da dignidade da lei⁴⁵; seria óbvio que a Constituição de 1991 foi substituída por uma constituição diferente. No entanto, o mesmo exemplo ilustra um segundo elemento de substituição parcial: a parte da Constituição transformada deve ser de *tal* transcendência e magnitude que pode ser afirmado que a modificação parcial não foi reforma, mas sim substituição. Existe uma parte da constituição essencial que permanece intacta, porém, a parte alterada ecoa clara não adequação, não guardando fidedignidade. Tal doutrina levou o Tribunal a entender não haver inconstitucionalidade no caso em questão:

Não constituem substituições parciais, por exemplo, reformulações positivas, ou seja, a **mudança na redação de uma norma** sem modificar seu conteúdo essencial ("estado de direito, social e democrático" por "estado democrático e social da lei"); as reconceitualizações, ou seja, a **mudança na conceituação de um valor protegido** pela Constituição (ou seja, "o povo é o único detentor da soberania", para "a soberania reside exclusiva e indivisivelmente no povo"); as exceções específicas, ou seja, o acréscimo de uma **exceção à aplicação de uma norma constitucional que permanece em seu âmbito geral** (ou seja, estabelecendo a desqualificação por tempo indeterminado por perda de posse como uma exceção à regra geral que proíbe a prisão perpétua), as limitações ou restrições, isto é, a introdução pelo poder de reforma de

⁴³ RAMÍREZ, Paulo Bernardo Arboleda. Teoría de la sustitución constitucional en Colombia. SUJETOS DE ESPECIAL, p. 80.

⁴⁴ A norma que acresce poderes extraordinários temporários ao Presidente da República é o artigo 150, inciso 10 da Carta Política de 1991.

⁴⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-1200/2003, julg. em 9 de Dezembro de 2003.

limites e restrições para harmonizar valores e interesses concorrentes (ou seja, introduzindo o respeito pela honra como um limite à liberdade de imprensa ou permitindo a suspensão da cidadania para os condenados à prisão sentença nos casos indicados em lei).⁴⁶

O Tribunal define aqui alguns atos de mera reforma ou formalidade, importantes para toda a discussão sobre reformas constitucionais no campo da teoria constitucional, principalmente às teorias de que a substituição constitucional não escrita não passa de mera mutação constitucional, e isso será tratado nos capítulos a seguir. A corte conceituou também que *intangibilidade* - cláusulas de eternidade - é diferente de insubstituibilidade - disposições podem ser alteradas, desde que não substituam a constituição. Assim sendo, mesmo que não tenham limites explícitos impedindo a manutenção ou alteração de normas materialmente constitucionais, alterá-las não permite dismantelar suas estruturas⁴⁷. Com isso, a Corte deixou claro que não pretendia endurecer núcleos, criando cláusulas de eternidade ou deixando assuntos intangíveis, nada obstante, pretende-se preservar a identidade constitucional.

A corte começa a delimitar o que vem a se tornar a doutrina da não substituição constitucional - uma vez que já lançou base dos conceitos de substituição - a partir dos julgados seguintes, iniciando pelo C-970/2004. Na sentença deste julgado, o Tribunal começou a produzir o chamado “Teste de substituição” que será futuramente ampliado pelo C-1040/2005, que será apreciado a seguir. Porém, há um trecho relevante para a construção da substituição constitucional e para que ela não seja alegada por nada. A Corte afirma que não é suficiente alegar que foi mexido em um princípio fundamental, mas sim que haja substituição:

Não se pode perder de vista, contudo, que o poder da reforma constitucional obedece à necessidade de adaptar a Constituição a novas realidades políticas, a novas exigências sociais ou a novos acordos coletivos. Por esta razão, o conceito de substituição da Constituição não pode privar o poder de reforma constitucional do conteúdo. Se a Constituição é, por definição e em seu sentido material, um órgão regulador definir a estrutura essencial do Estado, os princípios fundamentais e valores, as relações entre o Estado e a sociedade, direitos e deveres, é claro que um poder com poderes para reformar a Constituição pode afetar esses diferentes componentes. Assim, a alteração de um princípio fundamental não pode ser tomada, por si só, como uma substituição da Constituição, porque é precisamente o conteúdo do poder da reforma constitucional que, como tal, tem a capacidade de alterar os princípios fundamentais. Uma coisa é alterar um princípio fundamental e outro substituir um elemento definidor da identidade da Constituição⁴⁸.

⁴⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-1200/2003, julg. em 9 de Dezembro de 2003.

⁴⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-1200/2003, julg. em 9 de Dezembro de 2003.

⁴⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-970/2004, julg. em 7 de Outubro de 2004

Seguindo para o emblemático julgado C-1040/2005, onde, vulgarmente dizendo, a *magia acontece*. O julgado analisa a constitucionalidade do Ato n. 2 de 2004 que, dentre outras disposições, permitia a reeleição imediata do Presidente da República⁴⁹ uma única vez, com a emissão de uma lei de garantias eleitorais, mantendo o princípio da igualdade aos demais candidatos. Neste julgado, o teste de substituição citado no julgado C - 970/2004 ganha uma estrutura de 7 níveis, sendo necessário para o juízo de substituição constitucional, os seguintes passos, nas palavras de Carlos Bernal⁵⁰: 1. detectar qual é o elemento essencial da constituição que está em jogo; 2. detectar como o elemento essencial sustenta várias disposições constitucionais; 3. explicar porque o elemento é essencial; 4. fornecer evidências de que o conteúdo do elemento não pode ser reduzido a apenas uma disposição constitucional; 5. demonstrar que rotular um elemento como essencial não equivale a rotular uma ou mais cláusulas constitucionais como eternas; 6. provar que o elemento essencial foi substituído por um novo; e 7. explicar que esse novo elemento contradiz o elemento essencial ou é totalmente diferente dele, logo incompatível com outros elementos essenciais da constituição⁵¹.

Um problema conceitual foi a não definição do que viria a ser esse elemento essencial e no que ele consiste. Carlos Bernal tece críticas aos critérios pois, na visão do autor, além de não haver clareza acerca do conceito de elemento essencial e da falta de parâmetros concretos, o excesso de abstração pode sustentar alegações de substituição constitucional quando o que verdadeiramente ocorre são meras tensões constitucionais, inerentes ao regime constitucional.⁵² Outro ponto negativo apontado por Bernal é que, sustentar outras disposições constitucionais não torna um elemento essencial; um elemento pode ser base de uma série de dispositivos do texto constitucional, e isto torna-o importante, mas não necessariamente essencial. Em suma, o grande problema é a falta de conceituação do elemento essencial, mas boas bases foram lançadas: a identidade constitucional é formada pelo conjunto de elementos essenciais - estes sendo princípios e valores - que a constituem. Na sentença do C-1040/2005, a Corte entendeu que a reeleição uma única vez não provou ferir os princípios constitucionais do presidencialismo e não substitui a organização dos poderes como estipulado⁵³. Por se tratar de

⁴⁹ Faculdade até então proibida pela Carta Política Colombiana de 1991.

⁵⁰ BERNAL, Carlos., Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, p. 339–357, 2013.

⁵¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-1040/2005, julg. em 19 de Outubro de 2005.

⁵² BERNAL., Op. Cit.

⁵³ CORBO, Wallace. Identidade Constitucional: conceito, transformação e crise. 2020. Tese (Doutorado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

7 níveis, e com pouca clareza, o que se esperava era que dificilmente alguma reforma de fato iria se enquadrar como substituição constitucional, entretanto, o teste impediu uma série de reformas ao longo de sua aplicação.

Tomando como exemplo um julgado importante e pouco trabalhado no campo do estudo da doutrina da não substituição, a sentença C-588 de 2009, se trata da análise constitucional do Ato Legislativo 1 de 2008, que acrescentava um parágrafo ao artigo 125 da Carta Política de 1991. O parágrafo criava uma carreira administrativa extraordinária sem a necessidade de concurso público para alguns servidores. Neste julgamento, a Corte acrescentou o chamado “Teste de efetividade”, que configura uma comparação da constituição antes do ato de reforma e depois, no intuito de aferir se aquela permanecia a mesma, ou se tornara outra.

Nada obstante, a principal tese para fins deste trabalho, encontra-se na afirmação do Tribunal de que não podem haver *mudanças tácitas*. A decisão da Corte foi de dizer que houve substituição constitucional ao reformar tacitamente o artigo 13 sobre igualdade e o artigo 40.7 sobre acesso ao desempenho de funções ou escritórios públicos. Como afirma Carlos Dussan, o referido ato substituiu a Carta Política, uma vez que substituiu *estrategicamente* um princípio da constituição, que por sua vez subverteu o princípio do mérito e o direito à igualdade nelas contidos⁵⁴. Segue o entendimento da Corte:

Além de promover modificações tácitas, visa fazer essas *modificaciones* a direitos constitucionais de caráter fundamental e *no aprimorá-los*, antes pelo contrário, reduzir sua influência, para que, desta forma, o estatuto constitucionalmente reconhecido e assegurado de todos os associados, sem distinção, seja prejudicado.⁵⁵

Assim, de acordo com a professora Paula Robledo, o teste de eficácia visa proteger o regime constitucional de 3 tipos de reformas, sendo estas: reformas (i) aparentes, (ii) tácitas e (iii) privadas ou ad hoc⁵⁶. O entendimento de que a substituição constitucional pode ser feita de maneira tácita, e que é possível afetar de modo a destruir dispositivos sem que tenham sido diretamente alterados é mister para a construção da tese deste trabalho, conforme será visto nos próximos capítulos.

⁵⁴ FAJARDO ARTURO, Luis Andrés et al, La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado, [s.l.]: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2015.

⁵⁵ Sentencia C-588 de 2009. Acción de constitucionalidad. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁶ SILVA, Paula Robledo; CLEVES, Gonzalo A. Ramírez. La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: el control de constitucionalidad por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 18, p. 587-620, 2014.

Seguindo a linha da construção jurisprudencial da doutrina da não substituição em busca do elemento essencial, um caso paradigmático nessa evolução é a sentença C-141 de 2010. Como no C-1040/2005, é analisada a constitucionalidade da lei 1354/2009, de iniciativa do Presidente da República à época, que propunha um referendo cidadão para alterar a Constituição e permitir uma segunda reeleição presidencial - assim sendo, um terceiro mandato -. Tais casos têm como figura central um nome: Álvaro Uribe. Ele, que já havia sido reeleito por conta do Ato Legislativo 2 de 2004, buscava mais um mandato. Neste julgamento, diferentemente do que a Corte decidiu em 2005, toda a lei foi declarada inconstitucional pois, entendeu-se que, um terceiro mandato presidencial substituiria parcialmente a constituição⁵⁷.

O Tribunal destaca a importância da determinação constitucional do mandato presidencial, pois a possibilidade de ir além do máximo permitido para o exercício de tempo de comando, afirma a Corte, tem profundas implicações para o projeto institucional adotada pela Assembleia Constituinte em direitos, valores e princípios constitucionais. Os primeiros riscos são os que ameaçam a igualdade de tratamento e oportunidades dos candidatos que competiriam com Uribe e as condições objetivas que fazem a liberdade de decisão do conjunto de eleitores, não levando em conta, ainda, a alternância de poder bem massificada na doutrina colombiana.⁵⁸

O Tribunal diz ainda que, em termos de direitos, princípios e valores, além do impacto na igualdade de tratamento e oportunidades dos candidatos e da liberdade do eleitorado, percebe-se o envolvimento de minorias não relacionadas ao governo e à oposição, cujas garantias gozam de reconhecimento constitucional, como para os dois períodos de ausência no governo, eles devem adicionar um terceiro período em que eles não teriam a oportunidade de liderar o Estado ou de contribuir para essa direção⁵⁹.

Para além, o Tribunal conclui trazendo um ponto central: o crescimento do poder presidencial, juntamente com o desvanecimento de controles ou *existência puramente nominal*, resultaria de forma séria na estrutura adotada na Constituição, já que os controles recíprocos e, em particular, os que competem ao presidente e seu governo, possibilitam a operação do sistema de freios e contrapesos, sem os quais todo o saldo é perdido nas instâncias de alto estado. Por

⁵⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-141/2010, julg. em 26 de Fevereiro de 2010.

⁵⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-141/2010, julg. em 26 de Fevereiro de 2010

⁵⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-141/2010, julg. em 26 de Fevereiro de 2010

sua vez, a falta de equilíbrio faz cair a separação de poderes que precisamente é estabelecida para garantir o equilíbrio, impor contenção no exercício do poder, evitar arbitrariedade e conter a tendência do *executivo transbordar em detrimento de outros poderes e órgãos públicos*⁶⁰.

Neste julgamento a Corte confirma que há apenas uma hipótese de substituição constitucional: aquela feita pelo povo, poder constituinte originário, na atribuição do art. 376 da Carta Política de 1991. Ao decorrer dos anos, o teste de substituição foi aplicado, sendo o juízo de constitucionalidade de atos legislativos e reformas⁶¹. Vargas, Ibanez e Barreto condensam a doutrina da substituição e, extraem das decisões ao longo do tempo uma boa síntese de alguns elementos que podem ser considerados essenciais para a saúde do constitucionalismo colombiano e, ainda, afirmam que os elementos serão definidos conforme os casos acontecem, uma vez que, o estabelecimento generalizado de assuntos poderia levar apenas às cláusulas de eternidade, o que não é e nunca foi o intento do Tribunal:

Mesmo não tendo definido os elementos de fato, a Corte expôs uma série de princípios estruturais que não podem ser substituídos, eliminados, substituídos ou revogados sob o pretexto da reforma através da análise de cada caso específico, que seriam: (i) *separação de poderes* (ii) *carreira administrativa*, (iii) *igualdade*, (iv), *bicameralismo*, (v) *democracia*, (vi) *alternância de poder e* (vii) *controle de poderes*. Eles destacam principalmente o respeito à democracia e ao equilíbrio de poderes. Dito claramente, se não se sabe o que é um elemento essencial, o que é, quais são, é difícil relacionar a conexão entre eles, sua substituição ou incompatibilidade. Contudo, a enumeração de certos princípios ou valores essenciais da Constituição implicaria a petrificação das cláusulas que as contêm ou sua supra positivação, que não correspondem à Constituição [...] portanto, considera-se correto que o Tribunal Constitucional não tenha fechado o leque de elementos essenciais ou tenha entrado em um catálogo deles, mas estes serão estabelecidos à medida que surgem casos em casos concretos que motivam a inconstitucionalidade por substituição. Nesse sentido, considera-se que as características da democracia constitucional serão afetadas quando **a divisão de poderes (incluindo o princípio da legalidade), direitos fundamentais ou democracia deliberativa forem seriamente alterados**.⁶²

Pode-se afirmar que a doutrina da não substituição constitucional, ao que diz respeito à definição da identidade constitucional colombiana, é um conceito em construção, não a nível criacionista, mas no campo das percepções. Estudar a identidade constitucional de uma

⁶⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-141/2010, julg. em 26 de Fevereiro de 2010

⁶¹ Um julgado extremamente importante para a história da Colômbia, foi a análise de constitucionalidade do Marco Jurídico da Paz, que estabelecia uma política de justiça de transição para um acordo com os grupos armados da Colômbia. A alegação de inconstitucionalidade se dava no campo das medidas de exceção da ideia de justiça transicional em relação às investigações, majoritariamente, afirmando-se que esta substituiu a constituição por em seus dispositivos de direitos processuais garantidos. A Corte, na sentença C-579 de 2013 entendeu que não havia substituição, por serem medidas características da justiça de transição.

⁶² VARGAS, Kristhell Karem García; IBÁÑEZ, Paola Yalitz Jaimes; BARRETO, Andrea Johana Aguilar. La teoría de “inconstitucionalidad por sustitución” a la luz de jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica, p. 493, 2017.

constituição não é criá-la, mas percebê-la, uma vez que esta já está lá. E tal percepção ocorre de modo gradual, a partir das experiências constitucionais e análise de casos concretos.

2.3 Percepções teóricas da Doutrina da não substituição constitucional colombiana

A tese desenvolvida pelo Tribunal Constitucional suscita alguns questionamentos no campo da discussão doutrinária. Wallace Corbo afirma que a doutrina da não substituição constitucional seria uma disciplina fraca a nível de controle de constitucionalidade, uma vez que, é preciso haver uma mudança estrutural para que haja algum exercício de controle, assim sendo, não existe um mecanismo de manejo constitucional próprio para evitar as tentativas, ao menos as mais evidentes, a partir da resistência da Corte em relação à intangibilidade de alguns temas⁶³. Para além, Corbo levanta a quantidade de lacunas da doutrina para criticar a imprecisão dos elementos definidores, submetendo a doutrina à eventualidade e apreciação sem panoramas bem definidos⁶⁴. Na mesma linha, Bernal levanta o questionamento de qual teria sido a principal razão para que a Corte tenha entendido que um segundo mandato não substitui a constituição, mas um terceiro sim, e não há como chegar a uma conclusão fechada uma vez que não há um critério claro⁶⁵, e a ocorrência gera uma insegurança não apenas jurídica, como constitucional.

Ainda, Bernal traz para a discussão um ponto chave acerca da legitimidade: a Corte Constitucional, cúpula constituída por um grupo minoritário de juízes não eleitos teria a faculdade de declarar inconstitucional uma norma que o próprio povo, de quem emana o poder, mediante referendo, decidiu? Uma vez que o único poder para de fato criar uma nova Carta Política seria do povo, a partir da convocação de uma Assembleia Constituinte nos termos do artigo 376⁶⁶, porque o Tribunal Constitucional teria a capacidade de ter a voz última em relação à identidade constitucional, em detrimento dos cidadãos?

O autor relembra, como supracitado, a fundação da Carta Política de 1991 através da sétima papeleta, como foi visto no início do capítulo. Na ocasião, 3 milhões de colombianos

⁶³ CORBO, Wallace. *Identidade Constitucional: conceito, transformação e crise*. 2020. Tese (Doutorado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ BERNAL, C., Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, p. 339–357, 2013.

⁶⁶ Respeitando o quórum, evidentemente.

em média votaram pela nova carta. O referendo que permitiu o mandato, por sua vez, contava com 5 milhões de pessoas. A pergunta feita por Bernal é, mesmo se tratando de um elemento constitucional essencial, porque 5 milhões de pessoas, que se configuram como o poder constituinte originário, determinando algo, não podem mudar o que foi entendido como elemento essencial por 3 milhões de pessoas, diretamente?⁶⁷ O autor segue questionando os limites da doutrina da não substituição, e as linhas tênues entre ser de fato, uma proteção à identidade decidida pelo povo, constituinte originário, ou uma supressão de poderes por parte do Tribunal Constitucional. Ele apresenta a seguinte hipótese:

[...] imaginemos que o poder constituinte original aprova uma constituição imperfeita, que estabelece um sistema de liberalismo político, mas não reconhece a igualdade entre os cidadãos, mas institui um sistema de castas. Suponhamos que, em algum momento no futuro, ideias igualitárias se tornem populares e as pessoas promovam uma emenda, introduzindo uma disposição constitucional que garanta o direito à igualdade, como o artigo 13 da Constituição colombiana. Por razões de coerência e justiça, podemos estar inclinados a argumentar que o Tribunal Constitucional não pode declarar esta emenda inconstitucional, apesar de claramente alterar uma decisão política fundamental e, deste modo, a identidade da constituição. Por que as emendas constitucionais que mudam os elementos essenciais da constituição com o propósito de melhorar o sistema político e torná-lo mais justo, são declaradas inconstitucionais somente por causa de uma decisão política contingente e fundamental de nossos ancestrais (muitos dos quais já estão mortos e nenhum interesse real)? Por que não podemos, juntos, agir como povo, exercer o poder constituinte derivado para atualizar e melhorar a constituição, mesmo em seus elementos essenciais, sem os obstáculos e os riscos associados a uma revolução ou a eleição de outra Assembleia Constituinte?⁶⁸

Bernal, a princípio, não vê justificativas que sustentam a doutrina da não substituição, mesmo entendendo que, pela cultura hiperpresidencialismo dos países da América Latina, ela parece ser justificada. Nada obstante, ele afirma que existem dois argumentos que podem amparar tal doutrina: Uma, pautada da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seus artigos 2 e 16⁶⁹, que versam sobre a separação de poderes e os direitos naturais do homem serem pressupostos de uma constituição, somada a ideia de que a constituição pressupõe três pilares: a proteção dos direitos constitucionais, a separação de poderes e o estado de direito. Logo, mesmo que o poder constituinte originário tenha a capacidade de substituí-la,

⁶⁷ BERNAL, C., Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, p. 339–357, 2013.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

o teor do conteúdo constitucional expõe a escolha de um povo para dirimir conflitos, assim sendo, não faz sentido que esta estrutura seja constantemente mudada.⁷⁰

Para além, como visto no primeiro capítulo, Carl Schmitt⁷¹ afirma que o poder constituinte tem uma natureza bidimensional: Uma dimensão do fato e uma dimensão ideal. A dimensão ideal seria, nas palavras do autor, a pretensão de adotar um sistema político correto, no sentido de que é um sistema político compatível com os princípios básicos de justiça⁷². Uma análise minuciosa da Constituição Colombiana permite perceber que o sistema escolhido é o da democracia deliberativa:

A Constituição colombiana visa institucionalizar esse ideal não apenas reconhecendo os três elementos genéricos de uma constituição (direitos constitucionais, o estado de direito e o princípio da separação de poderes), mas por meio da garantia de certos direitos constitucionais específicos (como liberdade pessoal, liberdade de expressão e liberdade de associação política, entre outros) e estabelecendo procedimentos democráticos específicos de tomada de decisão. Da dimensão ideal do poder constituinte, no caso da Constituição colombiana, **o conteúdo das emendas constitucionais não pode ser incompatível com o objetivo de preservar ou melhorar a democracia deliberativa**. Segue-se que o conteúdo das emendas constitucionais não pode derogar nenhum dos direitos e procedimentos constitucionais específicos que tornam possível ao sistema político institucionalizar uma democracia deliberativa. Os argumentos conceituais e normativos são a base de uma teoria sobre o significado de substituição constitucional⁷³

Uma vez definido para o autor de que, os elementos essenciais seriam aqueles que sustentam o *estado de direito, a proteção dos direitos constitucionais, a separação de poderes e a democracia deliberativa*, ele sustenta a linha de juízo que o Tribunal deveria seguir duas regras:

(i) uma emenda é uma substituição da constituição se, e somente se, de acordo com o argumento conceitual, derogar a carta de direitos constitucionais, o estado de direito ou o princípio da separação de poderes; ou se, de acordo com o argumento normativo, ele muda a constituição de tal forma que não pode mais ser considerada uma institucionalização da democracia deliberativa. (ii) emendas que infringem elementos constitucionais que são centrais à institucionalização da democracia deliberativa implicam a substituição da constituição se, e somente se, a infração for de tal magnitude que o sistema político não pode mais ser considerado como uma institucionalização da democracia deliberativa, ou seja, não basta só infringir elementos centrais⁷⁴.

⁷⁰ BERNAL, C., Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, p. 339–357, 2013.

⁷¹ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza, 1992.

⁷² BERNAL, Op. Cit.

⁷³ BERNAL, C., Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, p. 339–357, 2013.

⁷⁴ *Ibid.*

Assim, o autor busca certo equilíbrio entre a possibilidade democrática dos cidadãos de reformar sua constituição, e a proteção da democracia deliberativa das possíveis influências negativas do hiperpresidencialismo⁷⁵. Em suma, apesar de serem conceitos com grande abertura para interpretações, a doutrina trabalha majoritariamente a ideia de o núcleo essencial da constituição da Colômbia ser a separação de poderes, os direitos e garantias constitucionais e, particularmente, a democracia deliberativa, sendo estes os critérios para a doutrina da substituição constitucional.

A referida doutrina de controle de constitucionalidade, porém, avança apenas no que diz respeito às alterações ao texto constitucional, tendo apenas um caso, o C-588 de 2009 que se trata de uma mudança tácita de um artigo. O propósito deste trabalho é, analisar a possibilidade da aplicação da doutrina da não substituição constitucional a partir de alterações não escritas - ou pelo menos, não na constituição -. Entretanto, para o pleno entendimento do que viria a ser este estilo de substituição, faz-se mister lançar base sobre as maneiras contemporâneas de crise e desmantelamento da ordem constitucional, uma vez que, entende-se para fins de argumentação neste trabalho, que a tendência moderna de destituição constitucional não é mais pelos meios oficiais, ou por grandes rupturas, mas sim, atos sutis que pretendem mudar a identidade constitucional de um país, e a este feito, dá-se o nome de *constitucionalismo abusivo*.

⁷⁵ *Ibid*

3. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO: UM NOVO CONCEITO DE CRISE CONSTITUCIONAL?

3.1. Quando e por que falar em crise?

Ínfimo é o número de palavras e expressões que foram mais ditas do que a palavra crise, hodiernamente. Muito se fala sobre ela, porém pouca é a preocupação em trazer, de fato, uma conceituação material e concreta do que esta seria. Conforme Jack Balkin afirma, o indício de uma crise constitucional se dá com a possibilidade austera de que a Constituição falhe em sua função central, sendo esta, a de “manter a discordância dentro dos limites da política comum, ao invés de se dividir em anarquia, violência ou guerra civil”.⁷⁶ Destarte, a função medular de uma carta constitucional é manter-se; não como um texto morto e estanque, mas sim ater-se às escolhas estruturais que a instituiu e constituiu sua identificação, como visto no primeiro capítulo, e proteger a si mesma de tudo que possa estorvá-la de ser ela própria.

Posto que, uma primeira conceituação do que é a crise de fato foi feita, este trabalho se ocupará de uma análise primária do que ela não é. Fazendo uso, ainda, dos escritos de Balkin, o termo crise constitucional é constantemente usado por cidadãos quando há discordância em relação a atos de governos⁷⁷. Tal situação não configura crise uma vez que, toda sociedade pressupõe a discordância, sendo papel da constituição, como supracitado, delimitá-la. Precipuamente, ao falar de uma democracia constitucional, a controvérsia é uma premissa.

Para além, utiliza-se muito o termo crise para descrever situações que não passam de disputas de interpretação da lei, principalmente no que se refere a adversários políticos. Mais uma vez, tratando-se de uma democracia constitucional, a mera interpretação da Constituição, de leis e de institutos de diferentes formas, por si só, não constitui uma crise, apenas constata que a democracia é um conceito em constante disputa, juntamente com os elementos que a cercam. A política democrática não permite que a simples interpretação divergente de um indivíduo visto como opositor político, carregue por si só o título de anomalia ou ameaça. É sobre o que versa Chantal Mouffe, ao tratar do termo “Democracia Agonística”, que centra sua

⁷⁶ Balkin, Jack M., "Constitutional Crisis and Constitutional Rot" (2017). Faculty Scholarship Series. 5158, p. 147-148.

⁷⁷ Balkin, op. cit., p.149

discussão na existência do conflito como pressuposto para a própria democracia existir:

A política busca a criação da unidade em um contexto de conflitos e diversidade; está sempre ligada à criação de um “nós” em oposição a um “eles”. A novidade da política democrática não é a superação dessa oposição nós-eles – que é uma impossibilidade –, mas o caminho diferente em que ela é estabelecida. O ponto crucial é estabelecer essa discriminação nós-eles de um modo compatível com a democracia. Vislumbrada a partir da óptica do “pluralismo agonístico”, o propósito da política democrática é construir o “eles” de tal modo que não sejam percebidos como inimigos a serem destruídos, mas como adversários, ou seja, pessoas cujas ideias são combatidas, mas cujo direito de defender tais ideias não é colocado em questão. Esse é o verdadeiro sentido da tolerância liberal-democrática, a qual não requer a condescendência para com ideias que opomos, ou indiferença diante de pontos de vista com os quais discordamos, mas requer, sim, que tratemos aqueles que os defendem como opositores legítimos. A categoria de “adversário”, todavia, não elimina o antagonismo e ela deve ser distinguida da noção liberal do competidor com que ela é identificada algumas vezes. Um adversário é um inimigo, mas um inimigo legítimo, com quem temos alguma base comum, em virtude de termos uma adesão compartilhada aos princípios ético-políticos da democracia liberal: liberdade e igualdade. Discordamos, porém, em relação ao sentido e à implementação dos princípios e não se pode resolver tal desacordo por meio de deliberação ou de discussão racional. De fato, dado o pluralismo inerradicável de valores, não há solução racional para o conflito – daí a sua dimensão antagonística.⁷⁸

A crise como é conhecida até então, principalmente no que diz respeito à experiência constitucional latino-americana, é marcadamente aquilo que Balkin chama de “crise tipo três”⁷⁹:

“situações em que divergências publicamente articuladas sobre a Constituição levam os atores políticos a se engajarem em formas extraordinárias de protesto para além de desacordos legais e protestos políticos: as pessoas tomam as ruas, os exércitos se mobilizam e a força bruta é usada ou ameaçada para prevalecer.”⁸⁰

As crises constitucionais, em sua maioria, caracterizam-se pela sua publicidade e sua fácil percepção, mesmo àqueles que não a reconhecem como tal. Assim dizendo, a fácil percepção da crise não diz respeito a um olhar classificador daquele que a percebe, mas sim, a um elemento constitutivo do ato em si, de ser claro e público. Um exemplo que é, ao mesmo tempo bom e arcaico, é a gestão de Adolf Hitler na Alemanha. Não há quem não soubesse que algo grande estava acontecendo, que coisas estavam mudando e sendo feitas. Destarte, sendo assim conceituada ou não, a crise constitucional como é conhecida costuma ser cognoscível.

⁷⁸ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia e Política*, n. 25, 2006, p. 174

⁷⁹ Os outros dois tipos de crise versados por balkin, sendo eles (i) atores políticos/militares que declaradamente se recusam a obedecer a constituição, e (ii) falta de mecanismos de escape da constituição diante de um desastre iminente, não são citados pois são raros dentro do recorte deste trabalho.

⁸⁰ LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. *Crises constitucionais*. U. Pa. L. Rev. , v. 157, p. 707, 2008.

O que Balkin chama de crise do tipo três, Aziz Huq e Tom Ginsburg chamam de reversão autoritária. Tal conceito caracteriza-se por um “colapso rápido e grosso do autoritarismo. Pense em um golpe ou na declaração repentina de estado de emergência”⁸¹. A reversão autoritária acontece como uma transição rápida e repentina do estado democrático ao estado autoritário, e mesmo que não sejam permanentes, são completas. Assim versam Huz e Ginsburg:

As reversões autoritárias são caracterizadas por uma mudança abrupta no tipo de regime, de democrático para autoritário e são comumente associados a golpes militares e ao uso de estados legais de emergência. Os golpes geralmente ocorrem em momentos de crise, quando os líderes militares invocam dispositivos constitucionais legitimadores para reivindicar o manto de um poder neutro e moderador. A subordinação militar dos regimes democráticos pode ser realizada através do mecanismo dos poderes de emergência. Um estudioso concluiu que a democracia constitucional só se estabelece na América Latina com uma reforma drástica desses fundamentos constitucionais de tirania⁸²

O próximo tópico trará algumas vivências de momentos de crise no modelo de reversão autoritária com um recorte na América Latina.

3.2 Crises constitucionais já conhecidas: Rápidas passagens pelas experiências latinoamericanas

O século XX definitivamente não foi um bom período para as democracias latinoamericanas. Estas foram feridas, violadas e com muito pesar, lutaram para se reerguer. Tal fenômeno marcadamente regional e político, se dá por uma série de razões, mas a principal delas é por uma herança colonialista, que gera um neocolonialismo econômico, social e cultural, uma vez que, grande parte das instituições de governos autoritários deram-se com forte influência dos Estados Unidos e por influência da guerra instaurada contra qualquer ingerência comunista. A verdade é que, a América Latina viveu períodos sombrios de instabilidade - períodos ainda não superados por determinados países, vale lembrar - por uma conflagração da qual, em tese, não fazia parte. Serviu basicamente como uma espécie de cobaia, para os regimes dominantes na Europa e Estados Unidos. Dito isto, vale uma passagem pelas vivências.

Uma primeira experiência a ser descrita é o golpe militar do Chile, em 1973. O ex-presidente Salvador Allende realizava uma série de reformas de base, como a agrária e a

⁸¹ HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. *UCLA L. Rev.*, v. 65, 2018, p. 83.

⁸² Idem.

estatização de empresas, principalmente as mineradoras, e de bancos.⁸³ Eleito por apenas 36% dos votos, assumindo ainda uma governabilidade difícil, uma vez que tinha projeto político incompatível com outras correntes político-ideológicas fortes, a existente insatisfação, independentemente de legitimidade, era clara, o que contribuiu para a instabilidade e conspiração para a reversão autoritária.

Sumarizando, em 1973, com a renúncia do até então Comandante Chefe do exército chileno, Carlos Prats, por se recusar a instaurar um golpe de estado, Augusto Pinochet assume o cargo, liderando assim uma tropa que, no dia 11 de setembro, bombardeou e tomou a sede da Presidência da República do Chile, o *Palacio de La Moneda*, instaurando assim, a tomada de poder pelas forças militares chilenas, resultando na morte de Salvador Allende, que, até os dias hodiernos, divide opiniões sobre as causas.⁸⁴ Caracterizado como um período de intensa violação aos direitos humanos a ponto de ter sido condenada pela comissão de Direitos humanos das Nações Unidas em 1977 pelo tratamento com os presos políticos, o governo de Pinochet se caracterizou como uma ditadura pessoal, realizada através de decretos inconstitucionais, dando a si mesmo e às forças militares e partidos conservadores mais autonomia e poder.

O descrito resultou, em 1980, em uma nova Constituição, com trâmites de plebiscito e referendo completamente questionáveis, uma vez que, o alto número de votos no referendo gera diversas desconfianças, dada a situação em que o país se encontrava, com muitos exilados, presos políticos, com difícil acesso à informação aos movimentos de oposição, e principalmente, sem registro formal ou fiscalização ao ato eleitoral. A constituição promulgada em 1980, de caráter autoritário, dava ao Pinochet o poder de continuar na Presidência do Chile por mais 8 anos.

Percorrendo o caminho até a América Central, falemos da Guatemala, que protagonizou o primeiro golpe dado pela Agência Central de Inteligência (CIA) na América Latina. Com medo de uma aparente “ameaça soviética” com os feitos do até então presidente democraticamente eleito Jacob Arbenz, precipuamente no que diz respeito à reforma agrária, uma vez que distribuiu terras não utilizadas aos camponeses. Vejamos um relato mais descritivo dado por Soledad Loeza:

⁸³ AGGIO, Alberto. O Chile de Allende: entre a derrota e o fracasso. Ditadura e democracia na América Latina: balanço histórico e perspectivas. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008, p. 74.

⁸⁴ As duas causas mais levantadas são que houve suicídio, ou que ele foi assassinado pelos militares.

“El 17 de junio de 1954, tropas rebeldes guatemaltecas cruzaron la frontera hondureña con su país bajo la dirección del coronel Carlos Castillo Armas. Tuvieron el apoyo del embajador Peurifoy; y de una guerra psicológica orquestada por la CIA, que consistió en hacer creer a los guatemaltecos que la operación estaba respaldada por numerosos refuerzos militares. El ejército temeroso de una invasión de tropas estadounidenses, abandonó a Árbenz. El 26 de junio la prensa informó que el presidente de Guatemala había renunciado y que había pedido asilo para él y su familia en la embajada mexicana.⁸⁵

A reversão autoritária na Guatemala diferencia-se da que aconteceu no Chile, pois apesar de aquela ter um ato de tomada de poder repentino, se deu de modo mais gradual, a partir de investimentos dos Estados Unidos nas forças armadas da Guatemala visando o golpe de Estado. Nada obstante, a gradação não descaracteriza seu elemento “repentino”, uma vez que todo ato repentino requer planejamento antecedente. Logo, o caráter instantâneo da reversão se encontra no ato completo da tomada de poder para aplicação do caráter autoritário.

Não há como findar este trajeto sem falar da pátria amada. A experiência brasileira com a reversão autoritária mais afamada, apesar de nem sempre ser reconhecida como tal, é a ditadura cívica-militar de 1964. Assim como os cenários supracitados, caracterizou-se com a destituição de um presidente visto como reformista, João Goulart. Nas palavras de Marcos Napolitano:

O regime democrático e constitucional que, por sua vez, nascera de um golpe militar contra o Estado Novo de Getúlio Vargas, caía diante de outro golpe contra um dos herdeiros do getulismo em sua fase dita “populista-democrática”. O esboço de uma política reformista, calcada em três estratégias –a nacionalização da economia, a ampliação do corpo político da nação e a reforma agrária– seria substituída por um regime militar anticomunista e anti-reformista, pautado por uma política desenvolvimentista sem a contrapartida distributivista.⁸⁶

A conjuntura que confirma a ingerência na América Latina de guerras de interesses estadunidenses, é a percepção de que o governo militar não teve uma constância ou uma ideologia fechada e característica. O ponto em comum dos governos militares no período da ditadura foi o "anticomunismo e a rejeição à política de massas [...] Estes dois princípios conviviam com a obsessão pelo desenvolvimento industrial e superação do

⁸⁵ LOAEZA, Soledad. La fractura mexicana y el golpe de 1954 en Guatemala. Historia mexicana, v. 66, n. 2, 2016, p. 768 - 769.

⁸⁶ NAPOLITANO, Marcos. O golpe de 1964 e o regime militar brasileiro: apontamentos para uma revisão historiográfica. Contemporânea, v. 2, 2011, p. 210.

subdesenvolvimento de forma associada ao capital multinacional”⁸⁷. À vista disso, não havia muita coesão no discurso político.

Foram diversas as violações constitucionais no referido período ditatorial, que, para além do ultraje próprio de um golpe de estado, promulgou uma constituição sob pressão dos militares que instituiu o regime militar, concentrou a maior parte do poder no Executivo, estabeleceu eleições indiretas para presidente e com muita lacuna para censuras posteriores a partir de leis. Dispensando mais detalhes despropositados e repetitivos, dada a riqueza da história que também se constitui como um conceito em disputa, o Brasil é um exemplo claro de reversão autoritária, por possuir todos os critérios de instantaneidade, violação clara a constituição e instauração de regime antidemocrático.

O passeio pelas rupturas constitucionais dos países aludidos faz-se mister para o entendimento de como as violações constitucionais vêm acontecendo na experiência latinoamericanas principalmente no século XX. Não obstante, o objeto deste trabalho está em demonstrar que, ao longo do tempo, tais reversões e crises como conhecemos tem se tornado obsoletas.

3.3 Inocuidade das reversões autoritárias e o novo cenário

Os episódios de reversão autoritária foram tão comuns e alaistrados por toda a América Latina que se pode atribuir grande êxito ao movimento. Nada obstante, ao mesmo fato pode ser imputado seu sucesso e sua ruína, uma vez que, a experiência amplamente disseminada implicou na perspicácia dos cidadãos. Fazendo uso da experiência Alemã, o conceito de democracia militante, desenvolvida por Karl Loewenstein na década 30, caracteriza os regimes que ativamente elaboram medidas para defender-se de regimes totalitários.⁸⁸ O termo foi definido diante do capítulo traumático que aconteceu na Alemanha de Adolf Hitler. Apesar dos elementos culturais, sociais, econômicos e políticos serem diferentes, o conceito de democracia demonstra uma característica sagácia, uma esperteza em um período pós autoritário, que leva à sua dificuldade de se instaurar novamente. Lamentavelmente, a forma que a afirmação resta

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ LOEWENSTEIN, Karl. “Militant democracy and fundamental rights.” *The American Political Science Review* 31, n. 3 (1937): 417-432.

provada, não se deu em virtude de claro posicionamento ativo por parte dos cidadãos em sua maioria, mas sim, pelos novos métodos e tentativas de violações constitucionais que vêm ocorrendo. Fato é que, como o próprio conceito de democracia militante afirma, os processos de redemocratização e as constituições promulgadas em um contexto pós autoritarismo consideraram veementemente os ocorridos e passaram a postular sua proteção em seu texto constitucional. Não obstante, na mesma ou em maior velocidade em que a população vinha tomando maior consciência sobre a lógica das reversões, os atores políticos que outrora protagonizaram as rupturas, se organizavam de forma diferente, e ao meu ver, de uma forma ainda mais perigosa. É como versa Alessandra Pearce:

Atualmente, contudo, nenhum dos partidos rotulados como extremistas se declaram contrários ao pluralismo e alternância de poder do sistema democrático, mas tão somente a valores da democracia material, como a igualdade de cidadania entre nativos e imigrantes e uma maior distribuição social das riquezas. Pode-se mesmo afirmar que ideologias que rejeitem totalmente a democracia, como o fascismo e o comunismo, “estão fora de moda”⁸⁹, e, com isso, o arcabouço tradicional de justificativas jurídico-filosóficas para a defesa do regime construído com base no exemplo da queda de Weimar – ao qual chamaremos de “democracia militante original” – perde muito da sua relevância também. Uma vez que os partidos extremistas atuais não colocam em risco a manutenção da democracia como regime de governo, os argumentos da “legítima defesa da democracia” não são mais suficientes para justificar o banimento de partidos políticos, já que o sistema democrático em si não está sendo ameaçado.⁹⁰

Logo, as já chamadas antigas formas de violações constitucionais têm se tornado cada vez mais arcaicas por conta da quantidade de vezes que foram instituídas, trazendo um senso de esperteza em relação às mesmas para os cidadãos, levando-os a atentar-se para as vivências e considerá-las em seus processos de redemocratização. Assim, dá-se início a um novo movimento, em tese com os mesmos objetivos, mas estrategicamente diferente.

Em detrimento das reversões constitucionais, Huq e Ginsburg chamam tais estratégias de retrocesso constitucional:

[...] nem todo recuo é repentino ou completo. A existência de formas mais sutis de erosão institucional requer um conceito discreto. Empregamos o termo “retrocesso constitucional” para capturar uma decadência mais incremental (mas basicamente substancial) em três predicados básicos da democracia - eleições competitivas, direitos liberais de expressão e associação, e o estado de direito adjudicatório e

⁸⁹ BLIGH, Gur. “Defending democracy. A new understanding of the party banning phenomenon.” *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 46, n. 2 (2013): 1321-1379. P.1325. Tradução livre

⁹⁰ MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho. *Democracia militante na atualidade: o banimento dos novos partidos políticos antidemocráticos na Europa*. 2015. 131 f. 2015. Tese de Doutorado. Dissertação (Especialização)–Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

administrativo necessário para que a escolha democrática prospere. O retrocesso exige mudanças simultâneas nesses predicados democráticos. Na prática, é diferente da reversão porque ocorre mais lentamente através de um acúmulo de mudanças graduais, cada uma delas talvez inócua ou até mesmo justificada isoladamente [...]. O ponto final modal desse retrocesso é um regime híbrido que não é democracia pura nem autocracia sem restrições, mas inclui elementos de ambos. Em casos raros, os elementos democráticos retrocedem o suficiente para que, mesmo na ausência de mudança de regime aberto, a situação seja adequadamente caracterizada como autoritária.⁹¹

O termo “retrocesso” tira da nomenclatura a ideia de algo abrupto e grandioso, quase acabando com a sua glória. Não obstante, carrega consigo a sensação de algo lento e mais sutil. Para além, não traz mais consigo a ideia de completa instituição de novo regime, mas sim, de algo que caminha para trás paulatinamente.

É a partir desse entendimento que, Balkin, por sua vez, contrastando seu conceito de crise constitucional, apresenta o que seria a degradação, ou o apodrecimento constitucional:

O apodrecimento constitucional é um processo de decadência nas características do nosso sistema de governo que a mantém como uma república democrática saudável, e conforme este ocorre, o nosso sistema se torna simultaneamente menos democrático - porque o poder do estado se torna menos sensível à opinião popular e vontade popular - e menos republicano, porque os representantes não se dedicam mais a promover o bem público; em vez disso, eles buscam se manter no poder e agradar um conjunto relativamente pequeno de indivíduos e grupos poderosos. [...] a ideia de "crise" refere-se a um momento crucial no tempo, geralmente bastante breve onde o sistema constitucional ou será minado ou reconstituído com sucesso. O apodrecimento constitucional geralmente é um longo e lento processo de mudança e debilitação, que pode ser o trabalho de muitas mãos ao longo de muitos anos. Crise parece vir, de repente, concentra-se a atenção de todos no espetáculo. O apodrecimento se desenvolve gradualmente e pode ser imperceptível em seus estágios iniciais; às vezes são óbvios seus sinais, mas às vezes eles operam silenciosamente no plano de fundo.⁹²

De forma diversa das reversões e atos de crises - enquanto momento ou ameaça de tomada de poder e instauração de novo regime -, independentemente de nomenclatura, resta provado que as novas estratégias são muito menos escandalosas, e carregam consigo, sutileza. Esta que, por sua vez, caracteriza-se pelo papel central que a legalidade ocupa na degradação constitucional, vide que, a grande estratégia da qual os atores utilizam-se hoje para violar a constituição é fazendo isso com sua aparente permissão. Logo, o ato de apodrecer a constituição se materializa na série de feitos mascarados por ela que minam pouco a pouco a sua identidade,

⁹¹ HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. *UCLA L. Rev.*, v. 65, 2018, passim.

⁹² Balkin, Jack M., "Constitutional Crisis and Constitutional Rot" (2017). Faculty Scholarship Series. 5158, passim.

e diante deles, os mecanismos da democracia militante, por mais seguros que pareçam ser, são insuficientes.

3.4 Constitucionalismo Abusivo: Apresentação do autoritarismo furtivo constitucional

De todas as conceituações, a que mais condiz com o objeto do presente trabalho, é o que David Landau chamou de constitucionalismo abusivo. Em suas palavras:

O constitucionalismo abusivo envolve o uso dos mecanismos de mudança constitucional - emenda constitucional e substituição constitucional - para minar a democracia. Enquanto os métodos tradicionais de derrubada democrática, como o golpe militar, estão em decadência há décadas, o uso de ferramentas constitucionais para criar regimes autoritários e semi-autoritários é cada vez mais prevalente. [...] Ao me referir aos mecanismos de mudança constitucional, concentro-me aqui nos métodos formais e não informais de mudança - emenda constitucional e substituição constitucional⁹³

Na mesma orientação dos institutos supracitados, o constitucionalismo abusivo é cético quanto às rupturas constitucionais que desafiam com clareza a ordem constitucional, desde o seu pináculo nas décadas últimas do século XX, e, por sua vez, chama para centro o próprio constitucionalismo, afirmando que, o perigo que tem sido apresentado ocorre dentro dos parâmetros entendidos como constitucionais. Ocorre, na constituição, aquilo que Adam Przeworski chamou de “autoritarismo furtivo”⁹⁴, sendo esta uma forma de agir de atores democraticamente eleitos, a partir do aparente funcionamento das instituições e utilizando-se da lei como uma fachada, trazendo a paulatina ruína do regime democrático e o crescimento do regime autoritário. À vista disso, não se fala mais de grandes rupturas, quedas ou grandes tomadas de poder. Não há uma recusa clara em obedecer à constituição, contrariamente, há presente no discurso um suposto respeito e uma suposta aderência. Não pretende-se mais, aprioristicamente, fazer uma nova carta constitucional, mas sim, valer-se daquela que vigora.

A única maneira pela qual o constitucionalismo abusivo apresenta-se como um perigo para as democracias frágeis e receosas que, ao redor do mundo, passaram por regimes autoritários, é a utilização das antigas formas para legitimação destas. Não há aqui, as características daquilo que outrora causou as reversões autoritárias; em oposição, há atores políticos valendo-se da democracia, utilizando-se, ainda, das antigas experiências para erradicar

⁹³ LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UCDL Rev.*, v. 47, p. 189, 2013.

⁹⁴ PRZEWORSKI, Adam. Crises da democracia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Rodrik, D.(2013). Roepke lecture in economic, 2020.

qualquer alegação de que a pretensão continua sendo a mesma. É, sobretudo, uma retroalimentação.

As estratégias do constitucionalismo abusivo não residem em, apenas, utilizar de suas antigas técnicas e do medo criado por elas para se manter, assim dizendo, não cresce apenas por heranças negativas, mas sim, pelas próprias características atuais das democracias pós regimes ditatoriais. Um grande exemplo é a centralidade das instituições, e no que tange esse abuso constitucional, estas são basicamente a razão-de-ser de tais técnicas violadoras.

Com a redemocratização, as instituições ganharam muita autonomia nos regimes ao redor do mundo uma vez que, estas garantem em tese, maior descentralização e fiscalização. Para governos receosos com autoritarismo, a confiança nas instituições permitiu que estas se estabelecessem de maneira rápida e fossem mais vistas como símbolos de legitimidade. Assim sendo, com a constituição sendo a carta maior de regência para a vida em sociedade e, as instituições, as responsáveis por sua interpretação, a constituição passa a ser mais do que está escrito, mais que uma letra, não obstante, tornou se aquilo que dela se interpreta. A interpretação da carta magna ganha grandeza para além das discussões de hermenêutica constitucional ou até mesmo mutação constitucional, mas sim, passam a ser sobre o que constitui de fato, sua identidade.

Tal fenômeno institucional traz, de certa maneira, uma grande oportunidade para os atores do constitucionalismo abusivo, uma vez que seus atos não necessariamente precisam contrariar explicitamente o texto constitucional, mas sim, utilizá-lo ao seu próprio interesse. É o que Richard Albert afirma ao trabalhar a possibilidade de normas não escritas mudarem constituições codificadas:

Uma mudança informal ocorre onde o significado concretizável da constituição muda sem que se altere o texto constitucional, e um desses exemplos é através da interpretação judicial [...] Costumes constitucionais também podem alterar constituições escritas, embora apenas informalmente, a partir da criação, retardo ou aceleração da mudança constitucional, todas sem a alteração do texto. Em um regime textual, o que resulta de um informal entrincheiramento do costume constitucional é um novo significado constitucional sem uma nova constituição escrita.⁹⁵

⁹⁵ ALBERT, Richard. Como normas constitucionais não escritas mudam Constituições escritas. Revista Publicum, v. 2, n. 2, 2016, passim.

Sumarizando, o presente trabalho propõe a hipótese de que, o maior perigo para as democracias tão instáveis e custosas que se estabeleceram na América Latina, é a prática sutil, lenta e mascarada do constitucionalismo abusivo a partir da construção já feita do que seria a identidade constitucional brasileira.

Um argumento muito levantado para desvalidar a teoria de que normas não escritas - ou pelo menos, não escritas no texto constitucional - alteram a constituição a ponto de conseguir mudar sua identidade é o de que isso não passa de mutação constitucional. Não obstante, a mutação constitucional seria uma resposta muito simplista ao referido fenômeno, e no próximo capítulo, será explicitado o porquê.

4. POR QUE SUBSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL E NÃO MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL?

A resposta para a pergunta do capítulo poderia ser uma afirmação simplista: A mutação é uma forma de alteração da constituição, sem mexer no em seu conteúdo textual, logo, toda e qualquer espécie de alteração constitucional deve ser submetida a juízo de constitucionalidade, não tendo a prerrogativa de transformar a constituição em uma nova.

Nada obstante, a substituição constitucional por artefatos não escritos é o centro deste trabalho, fazendo-se mister o desenvolvimento máximo, dentro dos limites e recortes específicos, deste instituto e de seu funcionamento. Vale dizer que não há a intenção de desintegrar o conceito de mutação constitucional, ou de dizer que não se trata disso. Não há nenhum impedimento teórico de referir-se às mudanças informais ou não escritas de mutação constitucional. O desafio epistemológico ocorre quando há a tentativa de desvalidar o constitucionalismo abusivo e a substituição constitucional por não se tratar de dispositivo escrito.

Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton, em sua obra supracitada, afirmam:

Modificações na ordem constitucional, que não são codificadas em nenhum lugar, podem surgir no direito ordinário ou constitucional. Em qualquer sistema constitucional, a linguagem do texto constitucional é modificada e interpretada pelos atores políticos e essas modificações podem transformar completamente os entendimentos originais, e até explícitos, do texto. Em países como a Grã-Bretanha, as práticas políticas podem evoluir e serem aceitas como constitucionais, mesmo que nunca escritas em lei. Essas normas são às vezes chamadas de convenções constitucionais ou regras constitucionais não escritas⁹⁶.

Como citado no primeiro capítulo, Elkins e outros, fazem uso do conceito de constituição escrita, em detrimento de outros conceitos de constituição, Não obstante, admitem que normas não constitucionalmente escritas alteram seu conteúdo material mesmo sem modificar seu texto, uma vez que tal conceito é bem pacificado e difundido na doutrina.

O intuito, porém, deste trabalho é utilizar-se do conceito de mutação constitucional no que diz respeito à mudança da norma constitucional sem que seu texto seja alterado,

⁹⁶ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge; New York; Melbourne; Madrid; Cape Town; Singapore: Cambridge University Press, 2009.p. 152.

exclusivamente. Porém, o conceito de mutação constitucional vai além disso. Na experiência e doutrina brasileira, a mutação constitucional diz respeito à *interpretação*, mais especificamente, *interpretação judicial*. Este ensaio não tem como objeto decisões judiciais ou linhas de hermenêutica constitucional, mas tem como foco *atos de governo*. Atos de governo não são apenas interpretações constitucionais, apesar de partirem de interpretações. E, evidentemente, atos de governo não são decisões judiciais. O objeto de análise para constatação ou não de uma possível substituição constitucional brasileira, parcial ou total, são atos de governo ou normas de caráter infraconstitucional que estabelecem uma prática constitucional de maneira a substituir a identidade constitucional. Entretanto, como dito, todo ato é fruto de uma interpretação, pensamento sobre algo, e sua feitura traz uma expressão teleológica do que este é. Logo, primeiro será feita uma análise das espécies de mutação constitucional para a formação de uma premissa da qual se partirá para analisar os atos.

Fernando Tovar Uricoechea, utilizando-se da obra de Pedro de Vega⁹⁷, trabalha a ideia de 4 espécies de mutações constitucionais: (i) As primeiras seriam as mutações que derivam de práticas políticas que não se opõem formalmente à Constituição escrita, carecendo de regulamentação. Tais mutações são implicações de brechas no texto constitucional, e as práticas surgem com o objetivo de preenchê-la, não configurando em si, uma clarividente contradição, tendo na verdade, um caráter de resolução do vazio que havia antes⁹⁸. (ii) O segundo caso seriam as mutações evidentemente opostas ao texto constitucional, representando, por uma vez, um claro dissenso entre a prática e as normas jurídicas constitucionais. O autor afirma ainda, que para este modelo de mutação constitucional, a chave é a repetição, que haja aceitação.⁹⁹ (iii) A terceira espécie de mutação seria causada por desuso, ou seja, existe um poder ou um dever no texto constitucional, e pelo não exercício, cria-se um outro entendimento completamente difundido e aceito acerca dele¹⁰⁰. (iv) A quarta e última, dentre a classificação de Pedro de Vega, são as mutações originadas através da interpretação das normas da Constituição. Sumariamente, esta consiste na mudança não formada a partir dos meios oficiais, ou seja, *informal* da Constituição como resultado de sua interpretação na sede judicial¹⁰¹.

⁹⁷ DE VEGA, Pedro “La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente”, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 6ª reimpressão, 2007.

⁹⁸ URICOECHEA, Abog Fernando Tovar. La Teoría de la Sustitución: ¿ Un caso de mutación constitucional?. Universidad Santo Tomás Seccional Tunjal Facultad de Derecho, p. 156.

⁹⁹ URICOECHEA, Abog Fernando Tovar. La Teoría de la Sustitución: ¿ Un caso de mutación constitucional?. Universidad Santo Tomás Seccional Tunjal Facultad de Derecho, p. 156.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

Apesar de ter como objetos mutações que se opõem ao significado constitucional, este trabalho não se debruça sobre claras contradições, práticas que explicitamente confrontam o texto constitucional. Não obstante, como visto no capítulo acima, o constitucionalismo abusivo é sutil e sorrateiro, então a mutação do tipo 2, puramente, não seria interessante para construção teórica. Ao mesmo tempo, as mutações importam para esta tese no que diz respeito à interpretação de normas, fazendo algum sentido do uso de mutações do tipo 4. Não obstante, como alegado acima, não serão objetos de apreciação, decisões judiciais. Assim sendo, as mutações apreciadas aqui serão uma soma do tipo 2 e do tipo 4, naquilo que elas interessam para o andamento da linha teórica aqui construída. Serão, portanto, chamadas de *mutações interpretativas de apodrecimento constitucional*, tratando-se estas da substituição lenta e gradual de dispositivos constitucionais, sem grandes e aparentes contradições - ou havendo, traz consigo uma boa justificativa - a partir da interpretação de normas constitucionais em um sentido majoritariamente oposto ao que integra a identidade constitucional. Tais mutações começam com interpretações e geram atos de apodrecimento, sem que tenha mexido no texto entrincheirado.

Trazendo o trabalho para o recorte específico do qual este se trata, Richard Albert trabalha 2 caminhos lógicos pelos quais normas constitucionais não escritas alteram constituições escritas: Incorporação e Negação¹⁰², sendo estes, nas palavras do autor:

Primeiro, um costume talvez incorpore algo novo no texto da constituição sem resultar em uma nova escrita. Segundo, um costume pode fazer o oposto: ele pode informalmente rejeitar, ainda que não formalmente repila, algo que é correntemente escrito no texto.¹⁰³

Para cada um dos caminhos, existem duas vertentes, que estão organizadas no quadro a seguir:

MÉTODO	FORMA 1	FORMA 2
	<u>Por preenchimento de um vazio existente no texto</u>	<u>Por refinamento</u> , onde a importância do conteúdo do

¹⁰² ALBERT, Richard. Como normas constitucionais não escritas mudam as Constituições escritas. Revista Publicum, v. 2, n. 2, 2016, passim.

¹⁰³ *Ibid.*

Incorporação	constitucional, onde a importância do conteúdo do costume que preenche o vazio não é presentemente endereçado ou explícito no texto. ¹⁰⁴	costume é de alguma forma já endereçado no texto. ¹⁰⁵
Negação	<u>Por criação de vazio</u> , no texto constitucional ao efetivamente impedir provisões entrincheiradas no texto constitucional, negando as e criando novas,.	<u>Por substituição</u> , onde um costume diretamente contradiz uma constituição escrita.

O método do qual trata este trabalho, é o método da Negação. Para melhor entendimento de qual dos dois caminhos melhor se aplicam, serão analisadas suas minúcias no quadro a seguir:

NEG. POR CRIAÇÃO DE VAZIO	NEG. POR SUBSTITUIÇÃO
Obriga um ator político a evitar agir tal como o texto constitucional autoriza;	Autoriza o ator político agir de uma forma que o texto constitucional proíbe
Cria um vazio no texto onde nada existia: atores políticos antes validamente possuíam o poder de escolher agir de uma forma que o texto autorizava, mas agora, como resultado do costume proibindo o uso	Autoriza atores políticos escolherem algo que diretamente entrará em contradição com o texto constitucional

¹⁰⁴ “Um exemplo de incorporação por preenchimento de vazio foi o estabelecimento de dois mandatos presidenciais nos Estados Unidos; A constituição não falava sobre reeleição, mas o presidente Washington saiu depois do seu 2º mandato, e todos os outros seguintes o seguiram, de modo que o legislativo editou uma resolução baseado nesse costume, e posteriormente foi assim estabelecido na 22ª emenda”. Ibid.

¹⁰⁵ “Exemplo do Canadá e a competência do Parlamento do Reino Unido para emendar constituição federal e das províncias de emendar suas próprias constituições, seguido de uma emenda que permitiu o Parlamento do Canadá de emendar a constituição federal em assuntos federais, porém sem ditar sua forma, que foi feita por costume constitucional pelo Parlamento do Reino Unido que refinou uma norma constitucional/”. Ibid.

do poder, atores políticos não devem mais escolher o curso	
Atores políticos não mais se valem da discricionariedade de invocar uma provisão entrincheirada.	Atores políticos desfrutam da discricionariedade de se opor ao que o texto constitucional requer. A chave de tudo é discricionariedade.

Ambas, a partir de um estudo que faça jus à complexidade do assunto, poderiam trabalhar para substituir uma constituição. No entanto, dados os limites materiais deste trabalho, a Negação por substituição parece melhor se adequar levando em conta o critério da proibição da norma. Ao falar de identidade constitucional, não há o que dizer sobre norma que autoriza e atribui meras faculdades aos atores políticos. A identidade constitucional, apesar de não ser um conceito estanque, tem em seu caráter aspectos de totalidade. Se a separação de poderes integra a identidade constitucional, é terminantemente proibido substituí-lo ou desmantelá-lo. A negação por criação de vazio fala sobre normas autorizativas, que constituem alterações, mas não substituições. Já a Negação por Substituição, nas próprias palavras do autor:

Negação por substituição ocorre onde um costume emerge como resultado de uma prática política que conflita com uma regra entrincheirada no texto constitucional. Essa mudança constitucional informal efetivamente substitui uma provisão constitucional escrita com uma prática política não-escrita que desafia o significado claro do texto constitucional.¹⁰⁶

Assim, para fins de determinação de metodologia, pode-se dizer que, a lente utilizada neste trabalho e pontos do quais se partirá para análise da experiência brasileira, será o de que mutações interpretativas para o apodrecimento constitucional são geradas a partir de atos ou normas que mudam a constituição utilizando-se do método de negação por substituição de Albert. Trocando em miúdos, a negação de uma norma, leva a uma interpretação particular oposta, que gera uma substituição constitucional a partir de normas infraconstitucionais ou atos de governo sutis e revestidos de legalidade¹⁰⁷, que paulatinamente deterioram a identidade constitucional. Vale dizer que, as ferramentas têm que ter como objeto um elemento essencial

¹⁰⁶ ALBERT, Richard. Como normas constitucionais não escritas mudam as Constituições escritas. *Revista Publicum*, v. 2, n. 2, 2016, passim.

¹⁰⁷ Todas as ferramentas e aportes teóricos apresentados neste trabalho tem de ser vistos com as lentes do funcionamento do constitucionalismo abusivo, ou seja, na lógica de revestimento legal, apodrecimento e instituições.

da identidade constitucional, sob o risco de configurar apenas uma violação. Isto posto, o próximo e último capítulo se debruçará sobre dois grandes atos de governo na experiência brasileira, analisando se, a partir deste locus, a construção constitucional brasileira corre ou não o risco de estar passando por um autoritarismo furtivo, ou melhor dizendo, um constitucionalismo abusivo.

5. PANORAMA BRASILEIRO: *DORES DE PARTO* DO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO?

O primeiro trabalho deste capítulo é relembrar a identidade constitucional admitida para a construção deste trabalho, no capítulo 1, para entender a que identidade constitucional está se referindo, ao questionar sua integridade: **(i)** os direitos e garantias individuais; **(ii)** a separação de poderes **(iii)** o regime democrático **(iv)** a federação **(v)** implicitamente, o estado de direito; **(vi)** os direitos sociais.

A análise será feita a partir de duas experiências recentes da política brasileira. Apesar de, entender que um poder não é suficiente para substituir a identidade de uma constituição¹⁰⁸, o intuito deste capítulo de maneira nenhuma é esgotar esta afirmação, mas sim levantar um caminho do que pode estar acontecendo, ou para acontecer. Logo, será aplicada a doutrina da não substituição constitucional para início do que pode vir a ser um diagnóstico dos atos. Os dois casos utilizados serão: i. O Projeto de Emenda Constitucional que virou a emenda nº 95 de 2016, sob a presidência de Michel Temer e ii. As nuances em torno da CPI da Covid-19 e o Projeto de Lei nº 1074 de 2021.

5.1 A Emenda Constitucional nº 95 de 2016

A PEC que ficou vulgarmente conhecida como “PEC dos Gastos”, limitava os gastos públicos por um período de 20 anos, não podendo os governantes operarem o reajuste anual. O teto dos gastos obsta, principalmente, o avanço dos direitos sociais, uma vez que, as instituições mais afetadas com o não reajuste dos orçamentos são hospitais e escolas.

Tanto a educação como a saúde, são direitos sociais, logo elementos essenciais para o conceito de identidade constitucional aqui trabalhado. Sendo assim, o projeto político identitário com o qual a Constituição Federal de 1988 se comprometeu foi profundamente desmembrado, uma vez que, para resguardar uma identidade, não basta não a manter, mas sim não avançar com ela. E, no caso em questão, além de não avançar, o presidente à época, impediu seu maior desenvolvimento por um período de 20 anos. Uma alegoria que torna o feito mais

¹⁰⁸ CORBO, *Op. Cit.*

lúdico, é como transformar um sujeito individual em um indigente por 20 anos, por ter se perdido de si, ou ao menos não saber quem é.

Um interessante fato sobre esta emenda a nível de teoria constitucional aqui construída é que, os dispositivos que versam sobre os direitos sociais permanecem intactos. O fato de tratar-se de uma emenda constitucional não deslegitima a construção feita até aqui uma vez que a emenda não muda diretamente o texto constitucional no que diz respeito aos direitos sociais permanece intacto. Logo, a prática política - aqui sendo a escolha orçamentária – aparenta descumprir o pacto constitucional com os direitos sociais, mantendo-os em seu texto constitucional. Partindo para aplicação da doutrina da não substituição constitucional em seus 7 níveis desenvolvidos no caso C-1040/2005 visto no capítulo 2, a Emenda Constitucional nº 95 fica avaliada da seguinte maneira:

REQUISITOS DA DOCTRINA DA NÃO SUBSTITUIÇÃO	ANÁLISE DA EMENDA Nº 95 DE 2016
Qual é o elemento essencial que está em jogo?	Direitos sociais.
Ele sustenta uma série de disposições constitucionais?	Sim, como os art. 6º a 11º - dos direitos sociais -, arts. 193 a 232 – ordem social - e sustenta como um princípio, toda a ordem econômica e financeira (art. 170).
Porque o elemento é essencial?	Pois opera como um postulado na Constituição Federal de 1988, que tem em diversas disposições constitucionais estruturais, elementos decorrentes de sua essência.
Porque ele não pode ser reduzido a uma mera disposição constitucional?	Pelas razões acima, resta provado não se tratar de uma lei constitucional entrincheirada por preferência, mas sim, de um axioma do qual partem as disposições.
Há proveito em petrificar este elemento?	Não, pela natureza de premissa fundamental.
O elemento foi substituído por um novo?	Sim, quando não há avanço nos direitos sociais, a constituição se caracteriza por garantir apenas os direitos individuais, trazendo um teor liberal em excesso.
Este novo elemento contradiz o elemento essencial, sendo incompatível com outros elementos da constituição?	Sim, uma vez que o elemento liberal em excesso, ou seja, em maior escala do que já existe, predomina de uma maneira a destruir o caráter social da Constituição de 1988, sendo incompatível com as disposições baseadas nesta premissa.

Esta é uma ilustração de que, não é necessário tirar um elemento do texto constitucional para que no campo da prática constitucional ele já esteja fora. O maior problema de toda experiência é nenhuma outra senão: precedentes. O presidente Michel Temer não foi o governante mais descomprometido com os termos constitucionais. O que um governo que busque avançar mais no constitucionalismo abusivo, não poderia fazer?

5.2 Constitucionalismo abusivo no governo de Jair Bolsonaro: CPI da Covid e o PL 1074 de 2021

O presidente Jair Messias Bolsonaro possivelmente é o Chefe de Estado mais polêmico que já houve no Brasil. Tal afirmação se dá uma vez que, até os regimes autoritários que já passaram pelo Brasil, costumam ter uma tendência de explícita ruptura da ordem, como foi na ditadura militar e no governo de Vargas, caráter já tratado nos capítulos acima. Antes mesmo de sua eleição, Bolsonaro demonstrava em suas falas pouco ou nenhum respeito com os direitos e garantias individuais e sociais com falas contra direitos trabalhistas, contra direitos para movimentos identitários, entre outros. Como falas não vinculam, será analisado um projeto de lei.

Como um bom país latino-americano, o Brasil tem um regime de hiper presidencialismo. E tal fenômeno acaba por facilitar o movimento de presidencialismo de coalizão apresentado por Sérgio Abranches¹⁰⁹. O presidencialismo de coalizão é um mecanismo de governabilidade a partir de alianças partidárias que viabilizem o avanço de pautas desejadas pelo governante. Nas palavras do próprio autor:

A formação de coalizões envolve três momentos típicos. Primeiro, a constituição da aliança eleitoral, que requer negociação em torno de diretivas programáticas mínimas, usualmente amplas e pouco específicas, e de princípios a serem obedecidos na formação do governo, após a vitória eleitoral. Segundo, a constituição do governo, no qual predomina a disputa por cargos e compromissos relativos a um programa mínimo de governo, ainda bastante genérico. Finalmente, a transformação da aliança em coalizão efetivamente governante, quando emerge, com toda força, o problema da formulação da agenda real de políticas, positiva e substantiva, e das condições de sua implementação.¹¹⁰

¹⁰⁹ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de, Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro dados—Revista de Ciências Sociais, **dados- Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n. 1, p. 5–34, 1988.

¹¹⁰ *Idem*.

A tese se comprova uma vez que, juntamente com a eleição do presidente, foram eleitos juntamente com ele 52 parlamentares do seu até então partido, o Partido Social Liberal (PSL), constituindo a segunda maior bancada partidária da Câmara¹¹¹.

Em meio a um período emergente de pandemia, foi instaurada a partir de um Mandado de Segurança ao Supremo Tribunal Federal, que ordenou a abertura pelo Senado Federal da Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar os atos do governo federal em relação à contenção da pandemia do vírus da Covid-19, principalmente por rejeição de vacinas¹¹² e falta de oxigênio em diversos estados¹¹³. O presidente da República deu respostas negativas à mídia em relação à própria investigação, alegando que a criação da CPI contaria com irregularidades por apenas fiscalizar atos do Governo Federal e não dos governos e municípios¹¹⁴, mesmo que a possibilidade esteja muito bem garantida no texto da Constituição Federal.¹¹⁵

Neste íterim, um parlamentar do partido ao qual o presidente fazia parte - PSL-, chamado Vitor Hugo, líder do PSL na Câmara, propôs o Projeto de Lei 1074 de 2021¹¹⁶, um projeto que amplia os poderes do presidente no que diz respeito à contenção da pandemia. A medida previa intervenção nos setores de produção públicos e privados e convocação de civis e militares para ações do governo federal, algo que já é constitucionalmente garantido em situações de guerra. Os deputados de oposição afirmaram que, tratava-se de uma tentativa de golpe, uma vez que é recorrente nas falas do Presidente, menção a repressões autoritárias por meio de militares, saudando o golpe cívico-militar de 1964.

Na Comissão de Constituição e Justiça, o parlamentar autor, defendendo o seu projeto afirmou que “*não há golpe avalizado pelo Congresso*”. A fala resta provada que os meios de

¹¹¹ DAL MOLIO, Giorgio e outros. Partido de Bolsonaro elege 52 deputados federais e vira a 2.ª maior bancada da Câmara. *Gazeta do Povo*, 2018. Disponível em < <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/eleicoes-2018/partido-de-bolsonaro-elege-52-deputados-federais-e-vira-a-2-maior-bancada-da-camara-2t7hlkooemgrix985wdmeasf/>>

¹¹² CPI da Covid: executivo da Pfizer confirma que governo Bolsonaro ignorou ofertas de 70 milhões de doses de vacinas. *BBC News Brasil*. 2021. Disponível < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57104347>>

¹¹³ MATTOS, Marcela e outros. Bolsonaro estava em reunião que negou oxigênio a Manaus, admite Pazuello. *G1*, 2021. Disponível em < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/05/20/pazuello-cpi-2.ghtml>>

¹¹⁴ Em resposta a Bolsonaro, Barroso diz que consultou ministros sobre CPI. *UOL*, 2021 – Disponível em < <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/04/09/em-resposta-a-bolsonaro-barroso-diz-que-consultou-ministros-sobre-cpi.htm?cmpid=copiaecola>>

¹¹⁵ A Constituição Federal, em seu artigo 58º, §3º, permite a criação de Comissões Parlamentares de Inquérito pela Câmara dos Deputados ou/e pelo Senado Federal a partir de requerimento de um terço de seus membros, com requisito de ter um prazo certo e um fator de investigação determinado. Ocorro que, o Senado já contava com os requisitos, porém ainda não havia sido criada a CPI, o que levou ao mandado de segurança citado no texto.

¹¹⁶ Projeto de lei nº 1074 de 2021, em trâmite perante a Câmara dos deputados.

legalidade hoje, podem funcionar como um aval de legitimidade aos atos de supressão constitucional, uma vez que, como teorizado nos capítulos acima, não se encontra mais com frequência na experiência latinoamericana, grandes rupturas. Não obstante, encontram-se diversos e pequenos atos de apodrecimento. No caso em questão, os elementos da identidade constitucional que estariam em jogo seriam o regime democrático e a separação de poderes, uma vez que o excesso de poderes para o presidente afetaria o sistema de freios e contrapesos. O projeto ainda está em tramitação da Câmara, mas já é profundamente rejeitado pelos parlamentares de oposição¹¹⁷.

Antes mesmo deste projeto de lei, na discussão pela criação da CPI, Bolsonaro pressiona os senadores para uma possível ampliação da investigação, para que esta não fosse centrada no Governo Federal. Em telefonema divulgado entre o presidente e o senador Jorge Kajuru (Cidadania – Go)¹¹⁸, Bolsonaro pede para que as investigações se deem no campo dos governadores e prefeitos também, no intuito de impedir um “*relatório sacana*”¹¹⁹. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal partiu de precedentes para determinar a abertura da CPI, uma vez cumpridos os requisitos, levando em consideração que já foram abertas CPIs para apurar atos do Governo Federal das antigas gestões¹²⁰. Uma análise mais atenta do pedido e preocupação do presidente, permite levantar questões um tanto quanto duvidosas.¹²¹

Uma Comissão Parlamentar de Inquérito tem um caráter profundamente investigativo, e é um dos mecanismos de freios e contrapesos da separação de poderes. Caso a comissão, que tem duração inicial de 90 dias, estabelecesse como objeto de investigação os governos estaduais e municípios, possivelmente a falta de um foco estabelecido turvaria as apurações, não permitindo ainda que as investigações terminassem até o fim do mandato do presidente. Logo, o impacto para o Chefe de Estado seria consideravelmente menor com a ampliação, mesmo que esta venha revestida de alegações interesse público. O analista político Antônio Augusto de Queiroz, do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (Diap), afirma que “Essa manobra (de incluir governadores e prefeitos na CPI) tem o objetivo nítido de dividir

¹¹⁷ SANTOS, Fernando. Deputados rejeitam tentativa de votação de PL que amplia poderes de Bolsonaro. *Jornal Opção*, 2021. Disponível em <<https://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/deputados-rejeitam-tentativa-de-votacao-de-pl-que-amplia-poderes-de-bolsonaro-320217/>>

¹¹⁸ SCHREIBER, Mariana. CPI da covid: como ampliação da investigação e possível adiamento podem beneficiar Bolsonaro. *BBC News Brasil*, 2021. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56726643>>

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Como por exemplo, a CPI da Petrobrás, em 2014.

¹²¹ A comissão foi aberta centrada apenas no Governo Federal.

responsabilidades e no final não apurar nada”, e a melhor solução seria deixar o encargo para as assembleias legislativas¹²². O risco de tentativa se dá na ingerência em mecanismos de fiscalização, enfraquecendo as máquinas de controle da separação de poderes.

Balkin, ao tratar do apodrecimento constitucional, toma como exemplo a demissão do ex-diretor do FBI, James Comey em 2017. Para o autor, apesar de ser uma prerrogativa legal, é preciso necessária motivação para influir em instituições de controle, e, Trump o fez em um contexto em que havia investigações em andamento cujo objeto era a ligação de sua campanha eleitoral de 2016 a empresas criminosas russas.¹²³ Nas palavras do autor:

A verdadeira preocupação com a demissão de James Comey como diretor do FBI é melhor entendida em termos de podridão constitucional. O diretor do FBI serve por um mandato de dez anos que se estende por mandatos presidenciais no cargo. O objetivo é isolar o chefe do serviço de investigação do país da pressão política dos políticos - especialmente do presidente, que sempre detém o poder de destituir o diretor. Assim, a norma técnica legal de que o presidente pode demitir o diretor vem acompanhada de uma norma democrática mais amorfa; ou seja, a norma de que o presidente deve hesitar em destituir um diretor, exceto por boas razões, e que o presidente não deve destituir um diretor em circunstâncias em que possa parecer que o presidente está pressionando o FBI a comprometer sua autoridade investigativa por motivos políticos. [...] A preocupação é de que Trump violou as normas democráticas em circunstâncias que gritam conflito de interesses e criam a aparência de motivações corruptas - que Trump usou seus poderes como presidente para obstruir uma investigação criminal em andamento.¹²⁴

Trazendo a mesma análise da doutrina da substituição constitucional da Corte Constitucional Colombiana, os movimentos presidenciais e de sua coalizão – aqui representado pelo projeto de lei – são assim examinados:

REQUISITOS DA DOCTRINA DA NÃO SUBSTITUIÇÃO	MOVIMENTAÇÕES E COALIZÃO EM TORNO DA CPI DA COVID
Qual é o elemento essencial que está em jogo?	Separação de poderes.
Ele sustenta uma série de disposições constitucionais?	Toda a organização administrativa da Federação.
Porque o elemento é essencial?	Pois é a <i>conditio sine qua non</i> da República brasileira, sendo o ponto de partida para a estruturação política e democrática do país.
Porque ele não pode ser reduzido a uma mera disposição constitucional?	Pois reduzi-lo a termo seria trazer consigo toda a organização do Estado.

¹²² SCHREIBER, Mariana. CPI da covid: como ampliação da investigação e possível adiamento podem beneficiar Bolsonaro. BBC News Brasil. 2021. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56726643>>

¹²³ BALKIN, Jack M. Constitutional crisis and constitutional rot. Md. L. Rev., v. 77, p. 147, 2017.

¹²⁴ *Ibid.*

Há proveito em petrificar este elemento?	Não, assim como os direitos sociais pela natureza de premissa fundamental.
O elemento foi substituído por um novo?	Sim, pois concentra atribuições em um só poder a partir da ingerência deste nos outros, desmantelando os mecanismos de controle e trazendo para o Estado Brasileiro um caráter absoluto.
Este novo elemento contradiz o elemento essencial, sendo incompatível com outros elementos da constituição?	Sim, uma vez que a constituinte brasileira decidiu se construir como uma República Federativa e um Estado Democrático de Direito, e a falta da separação de direitos frustra esse objetivo.

O apodrecimento constitucional característico do constitucionalismo abusivo aqui tratado, é um fenômeno difícil de ser alegado, apesar de seus indícios serem facilmente percebidos. As grandes rupturas e quedas de regime não precisam se ater ao campo das intenções ou a qualquer análise mais minuciosa dos atos que contribuem para tal, eles são explícitos. Não obstante, em relação aos parâmetros de apuração de substituição constitucional do constitucionalismo abusivo, se faz necessária uma acentuada atenção aos efeitos dos atos de governo e todas as suas possíveis nuances, sofrendo altos riscos de descomedimentos. Porém, ao não o fazer, não há como perceber ou até mesmo evitar uma substituição constitucional.

O Executivo, como bem afirma Wallace Corbo, não é capaz sozinho de substituir uma identidade constitucional¹²⁵. Juliana Cesário, como bem cita o autor, afirma que ainda que um dos poderes institucionalize conceitos, a nova identidade depende da comunidade constitucional e esta não é formada apenas por poderes públicos, mas é interpretada por todos os que a ela se submetem¹²⁶. Assim sendo, torna-se ainda mais relevante o levantamento das hipóteses para que, ainda que configurado o apodrecimento constitucional, a coletividade constitucional não permita sua queda.

¹²⁵ CORBO, Wallace. **Identidade Constitucional: conceito, transformação e crise**. 2020. Tese (Doutorado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

¹²⁶ GOMES, JULIANA CESARIO ALVIM. *Por um constitucionalismo difuso*. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016.

CONCLUSÃO

Este trabalho não buscou trazer uma resposta taxativa àquilo que pode estar acontecendo. Não obstante, como supracitado, teorizar algo que não é comumente discutido no Brasil e apontar um caminho. A menor preocupação, por hora, é uma análise extremamente técnica dos atos de governo, mas sim levantar um aporte teórico como preparo para os dias que podem vir, ou não. Como um soldado, que estuda um território, adquire todos os conhecimentos individuais e coletivos possível, a discussão sobre os meios revestidos de legalidades de substituição constitucional exigem mais do que a leitura dos textos.

A identidade constitucional exige compromisso e o compromisso com ela, é o compromisso com um povo. Não se luta pelo que não se conhece, e, mais vale errar nas tentativas de proteção, do que assistir um desmantelamento dos direitos individuais e de pressupostos básicos de estado que custaram o sangue de muitas e muitos ao longo da história. Se o Brasil terá sua identidade constitucional substituída, ou não, vale saber que o evento não terá ocorrido sem que houvesse produção acadêmica com o intuito de fortalecer epistemologicamente a teoria constitucional.

O intuito central deste levante é trazer a discussão para os intérpretes rotineiros; a comunidade que todos os dias interpreta a constituição na prática do exercício de direitos, deveres e organização social e política, dando a ela, vida. À esta comunidade, cabe a defesa da identidade pela qual luta diariamente.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de, **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro** dados – Revista de Ciências Sociais, dados- Revista de Ciências Sociais, v. 31, n. 1, p. 5–34, 1988.
- ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.
- AGGIO, Alberto. **O Chile de Allende: entre a derrota e o fracasso**. Ditadura e democracia na América latina: balanço histórico e perspectivas, p. 4, 2008.
- ALBERT, Richard. **Como normas constitucionais não escritas mudam Constituições escritas**. Revista Publicum, v. 2, n. 2, 2016
- BALKIN, Jack M. **Constitutional crisis and constitutional rot**. Md. L. Rev., v. 77, p. 147, 2017.
- BERNAL, Carlos, **Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine**, International Journal of Constitutional Law, v. 11, n. 2, p. 339–357, 2013
- BESSELINK, Leonard FM. **National and constitutional identity before and after Lisbon**. Utrecht L. Rev., v. 6, p. 36, 2010.
- BLIGH, Gur. **Defending democracy: A new understanding of the party-banning phenomenon**. Vand. J. Transnat'l L., v. 46, p. 1321, 2013.
- BOTELHO, Catarina Santos. **Constitutional Narcissism on the Couch of Psychoanalysis**. European Journal of Law Reform, v. 21, n. 3, p. 345, 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CLEVES, Gonzalo Andrés Ramírez et al. **Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción.** Books, v. 1, 2005.

COLÔMBIA. **Constitución Política** (1991). Gaceta Asamblea Constituyente de 1991. Disponível em < <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>>

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-1040/2005**, julg. em 19 de Outubro de 2005.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-1200/2003**, julg. em 9 de dezembro de 2003.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C 141/2010, julg. em 26 de Fevereiro de 2010.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-551/2003**, julg. em 9 de julho de 2003.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-588/2009, julg. em 12 de fevereiro de 2009.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-970/2004**, julg. em 7 de Outubro de 2004.

CORBO, Wallace. **Identidade Constitucional: conceito, transformação e crise.** 2020. Tese (Doutorado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

CPI da Covid: executivo da Pfizer confirma que governo Bolsonaro ignorou ofertas de 70 milhões de doses de vacinas. BBC News Brasil. 2021. Disponível < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57104347>>

DALMAU, Rubén Martínez; DA SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel. **O novo constitucionalismo latino-americano e as possibilidades da constituinte no Brasil.** CONSTITUINTE EXCLUSIVA, p. 21, 2014.

DAL MOLIO, Giorgio e outros. **Partido de Bolsonaro elege 52 deputados federais e vira a 2.^a maior bancada da Câmara.** Gazeta do Povo, 2018. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/eleicoes-2018/partido-de-bolsonaro-elege-52-deputados-federais-e-vira-a-2-maior-bancada-da-camara-2t7hlkooemgrixf985wdmeasf/>>

DE VEGA, Pedro “La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente”, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 6^a reimpressão, 2007

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The endurance of national constitutions.** Cambridge University Press, 2009.

Em resposta a Bolsonaro, **Barroso diz que consultou ministros sobre CPI.** UOL, 2021 – Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/04/09/em-resposta-a-bolsonaro-barroso-diz-que-consultou-ministros-sobre-cpi.htm?cmpid=copiaecola>>

FAJARDO ARTURO, Luis Andrés et al, **La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado**, [s.l.]: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2015.

GOMES, JULIANA CESARIO ALVIM. Por um constitucionalismo difuso. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.

HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. *UCLA L. Rev.*, v. 65, p. 78, 2018.

LANDAU, David. **Abusive constitutionalism.** *UCDL Rev.*, v. 47, p. 189, 2013.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. **Crises constitucionais.** *U. Pa. L. Rev.*, v. 157, p. 707, 2008.

LOAEZA, Soledad. **La fractura mexicana y el golpe de 1954 en Guatemala**. Historia mexicana, v. 66, n. 2, p. 725-791, 2016.

LOEWENSTEIN, Karl. “**Militant democracy and fundamental rights.**” The American Political Science Review 31, n. 3 (1937): 417-432.

MATTOS, Marcela e outros. **Bolsonaro estava em reunião que negou oxigênio a Manaus, admite Pazuello**. G1, 2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/05/20/pazuello-cpi-2.ghtml>>

MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho. **Democracia militante na atualidade: o banimento dos novos partidos políticos antidemocráticos na Europa**. 2015. 131 f. 2015. Tese de Doutorado. Dissertação (Especialização)–Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

MOUFFE, Chantal. **Por um modelo agonístico de democracia**. Revista de Sociologia e loew

NAPOLITANO, Marcos. **O golpe de 1964 e o regime militar brasileiro. Apontamentos para uma revisão historiográfica**. Historia y problemas del siglo XX, v. 2, 2011.

PARDO, Daniel. **Qué fue la Séptima Papeleta, el movimiento que cambió Colombia hace 30 años** (y por qué sus demandas aún están insatisfechas). BBC News, 2020. Disponível em <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51829209>

PROJETO DE LEI nº 1074 DE 2021, em trâmite perante a Câmara dos Deputados.

PRZEWORSKI, Adam. Crises da democracia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Rodrik, D.(2013). Roepke lecture in economic, 2020.

RAMÍREZ, Paulo Bernardo Arboleda. **Teoría de la sustitución constitucional en Colombia**. SUJETOS DE ESPECIAL, p. 80.

SANTOS, Fernando. **Deputados rejeitam tentativa de votação de PL que amplia poderes de Bolsonaro**. Jornal Opção, 2021. Disponível em <<https://www.jornalopcao.com.br/ultimas->

noticias/deputados-rejeitam-tentativa-de-votacao-de-pl-que-amplia-poderes-de-bolsonaro-320217/>

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.

SCHREIBER, Mariana. CPI da covid: como ampliação da investigação e possível adiamento podem beneficiar Bolsonaro. BBC News Brasil, 2021. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56726643>>

SILVA, Paula Robledo; CLEVES, Gonzalo A. Ramírez. **La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: el control de constitucionalidad por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional**. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 18, p. 587-620, 2014.

Tratado de Maastricht, 7 de fevereiro de 1992. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/default/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf>.

Tratado de Lisboa, 13 dez. 2007. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12007L:PT:HTML>>.

TRIBE, Laurence H. **A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role**. Harv. L. Rev, v. 97, 1983.

URICOECHEA, Abog Fernando Tovar. **La Teoría de la sustitución: Um caso de mutación constitucional?**. Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja Facultad de derecho, p. 156.

VARGAS, Kristhell Karem García; IBÁÑEZ, Paola Yalitz Jaimes; BARRETO, Andrea Johana Aguilar. **La teoría de “inconstitucionalidad por sustitución” a la luz de jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana**. Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica, p. 493, 2017.