

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIA JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**ESTUDO DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA NÃO SUBSTITUIÇÃO DA
CONSTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: AS CLÁUSULAS PÉTREAS
CUMPREM A FUNÇÃO DE IMPOR LIMITES MATERIAS AO PODER DE
REFORMA?**

Rio de Janeiro

2022

BRENDA MATOS DA SILVA AZEVEDO

**ESTUDO DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA NÃO SUBSTITUIÇÃO DA
CONSTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: AS CLÁUSULAS PÉTREAS
CUMPREM A FUNÇÃO DE IMPOR LIMITES MATERIAS AO PODER DE
REFORMA?**

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**
Doutor Siddartha Legale Ferreira.

Rio de Janeiro

2022

BRENDA MATOS DA SILVA AZEVEDO

**ESTUDO DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA NÃO SUBSTITUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO
NO DIREITO BRASILEIRO: AS CLÁUSULAS PÉTREAS CUMPREM A FUNÇÃO DE IMPOR
LIMITES MATERIAS AO PODER DE REFORMA?**

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 Doutor Siddhartha
Legale
Ferreira.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Siddhartha de Ribeiro Legale

Membro da banca

Membro da banca

FICHA CATOLOGRÁFICA

CIP – Catalogação na Publicação

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado forças para recomeçar quando tudo parecia perdido. Por me sustentar até aqui e por ser minha fonte inesgotável de fé, amor e resiliência.

À minha vó Terezinha que diante de todas as adversidades da vida escolheu priorizar pelos meus estudos, com a certeza de que esse era o caminho para que eu pudesse conquistar todos os meus sonhos. Se hoje sou quem sou, devo tudo a você e minha tia. Que sorte a minha ter nascido em uma família múltipla e unida. Só posso agradecer tamanha sorte.

Aos meus amigos João França, Fabio Monteiro, Leonardo Feliciano, Yasmim Veloso, Emilson Gomes, Jaqueline Guimarães e Taina Siman por todas as trocas. Vocês foram os responsáveis por tornar essa caminhada louca mais divertida.

Lauri, com seu jeito simples, dedicado e honesto você me mostrou que o amor requer cuidado e dedicação e que ele pode sim ser uma prioridade mesmo junto a uma vida profissional agitada.

Agradeço aos meus chefes e amigos, em especial à Luciana Costa, Aline Bergfeld, Nathalia Ferraz, Ana Geraldino e Rafael Coentrão, profissionais íntegros que através do exemplo muito me ensinaram sobre cuidado com o próximo mesmo dentro de um ambiente corporativo.

À gloriosa Faculdade Nacional de Direito pela experiência única de uma vida. Jogos Jurídicos, Comissão de Choppada e Formatura, BINs, Órfãos do Manel, JICs, SIACs, NIAC e um intercambio para Colômbia. A UFRJ nos oferece mais do que uma formação técnica de excelência, ela nos afia para os desafios da vida e nos ensina o poder do querer.

Aos meus professores da FND por todo o conhecimento adquirido ao longo dessa caminhada. Em especial aos meus orientadores Siddharta e David, obrigada pela paciência e suporte. Vocês se tornaram minha referência de profissionais acadêmicos éticos e voltados para resultados.

Agradeço principalmente a mim mesma por nunca ter desistido dos sonhos, por não ter deixado o medo paralisar, por não ter dado ouvidos aqueles que duvidavam, por ter tido coragem para recomeçar quantas vezes necessárias fossem e principalmente por ter acreditado

que tudo era possível. A Brenda criança que cresceu na favela da zona norte estaria super orgulhosa de saber que alcançaria nível de chefia em multinacional, moraria na rua da praia e conheceria tantos países com menos de 25 anos. E tudo isso só foi possível porque a UFRJ foi o pontapé inicial para tantas portas. Deixo aqui esse registro para quando a autocrítica me derrubar esse parágrafo me lembrar que tudo é possível. Gratidão.

E por fim, dedico esse trabalho a todos os meus familiares que antes de mim não tiveram a oportunidade de sentar-se em uma cadeira e por anos somente se dedicar aos estudos para a formação de uma base sólida. Eu sou porque vocês foram.

RESUMO

Esta dissertação acadêmica tem por fito realizar um levantamento histórico bem como compreender o contexto dos primeiros passos em direção ao surgimento da teoria da não substituição da Constituição que fora materializada e revolucionou o direito colombiano a partir do ano de 2003 e traçar um paralelo de modo comparativo com o ordenamento jurídico brasileiro em seus controles das decisões judiciais e as modificações na Constituição repercutidas por elas.

Palavras-chaves: Constituição; Substituição; Controle; Leis; Jurisprudências

RESUMEN

La presente disertación académica busca realizar un recorrido histórico, así como comprender el contexto de los primeros pasos hacia el surgimiento de la teoría de la no sustitución de la Constitución que se había materializado y revolucionario en el derecho colombiano a partir del año 2003 y dibujar un paralelo de manera comparativa con el sistema legal brasileño en sus controles sobre las decisiones judiciales y los cambios en la Constitución que tienen repercusiones para ellos.

Palabras claves: Constitución; Sustitución; Controle; Leyes; Jurisprudenciales

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
I. IMPACTOS NA AMÉRICA DO SUL – O SURGIMENTO DA TEORIA DA NÃO SUBSTITUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO POR MEIO DA JURISPRUDÊNCIA COLOMBIANA.....	15
1.1 As limitações da democracia nos regimes democrático-constitucionais atuais e a diferenciação entre o poder constituinte e o poder de reforma.....	18
1.2 As reformas incorridas na Constituição atual colombiana no governo Uribe Vélez e o controle de constitucionalidade das reformas.....	19
1.3 O controle de constitucionalidade por falta de competência do órgão reformador: a inconstitucionalidade por substituição.....	25
1.4 O conceito da não substituição da Constituição e o Controle das entidades constitucionais na Colômbia a partir da teoria da substituição constitucional após ato legislativo jurisprudencial estabelecido no julgamento do caso C-551 de 2003.....	30
1.5 Consagração da Teoria da Não Substituição da Constituição – tese colombiana.....	41
II. LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	42
2.1 Controle de constitucionalidade concentrado e difuso: o abstrato e o poder dever.....	42
2.2 Propositura de ações de inconstitucionalidade e suas consequências.....	46
2.3 Doutrina – Sistema de freios e contrapesos.....	52
2.4 Tramites práticos das emendas constitucionais no Brasil.....	55
2.5 O conceito de cláusula pétrea.....	58
2.6 O conceito de reforma constitucional.....	59
III. A TEORIA DA NÃO SUBSTITUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COMO UM FREIO NO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO.....	61
3.1 Implicações da jurisprudência brasileira.....	61

3.1.1 A categorização diferente da jurisprudência para o Brasil e para Colômbia.....	63
3.2 Aplicabilidade da Teoria da Não Substituição no Brasil.....	65
3.3 A proteção de artigos x proteção de direitos.....	66
3.4 A existência de mecanismos de proteção no Brasil e a inexistência na Colômbia.....	67
3.5 O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.....	67
3.6 A teoria da não substituição da Constituição no caso ADPF 130 x Lei 5.250/67 como uma analogia especulativa de seu conceito aplicado na prática e um possível amparo ao ativismo judicial.....	71
IV. CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	76

1.1 ESTUDO DA APLICABILIDADE DA TEORIA COLOMBIANA DA SUBSTITUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

1.2 autor

Nome do aluno(a): Brenda Matos da Silva Azevedo

DRE: 115060951

Turno: Noturno

Endereço completo (CEP): Av. Prado Junior, 281, 22011-040, Copacabana, RJ

Telefone(s): (21) 97200-2391

E-mail: brendam.adm@gmail.com

1.3 orientador

Siddharta de Ribeiro Legale

2 objeto da pesquisa

2.1 tema

Os limites das alterações da Constituição brasileira. O presente estudo tem por objetivo traçar um paralelo sobre a teoria colombiana da não substituição da Constituição e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 delimitação do tema

Aplicabilidade da Teoria da Não Substituição da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro atual.

- a) A pesquisa se limitará aos reflexos desse tema após sua consagração no ano de 2003;
- b) A pesquisa se limitará no âmbito das decisões do STF e STJ;
- c) A pesquisa não pretende se aprofundar em aspectos filosóficos ou políticos que o tema possa ensejar.

2.3 formulação do problema

As cláusulas pétreas inseridas na Constituição cumprem a função de proteger a Carta Magna de modo que não ocorra a sua substituição? O Brasil de fato apresenta um controle das alterações da Constituição? E quem controla aqueles responsáveis pelas emendas constitucionais?

2.4 hipótese(s)

Temos por hipótese o retorno positivo de que o Brasil aplica a fiscalização das alterações da Constituição através dos seus canais de controles difusos e concentrados e, por mais que a Teoria da Não Substituição da Constituição não tenha sido recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sua essência é aplicada a partir de outro viés.

2.4 variável(is)

Importa destacar que o sistema legal colombiano, assim como nos Estados Unidos, possui grande influência a partir dos julgados. Isto significa dizer que o *modus operandi* doravante da jurisprudência dessa nação possui impacto direto em suas bases legais, atualizações políticas e, conseqüentemente, repercutindo em âmbito sociocultural. Neste mesmo sentido caminha a decisão da sentença C-511/2003 que originou a Teoria da Não Substituição da Constituição.

Em contrapartida, a jurisprudência brasileira é lida como um encaminhamento do que deve ser feito e não por si só uma decisão. Assim, é tida como uma maneira de unificar o entendimento sobre a legislação, auxiliando na consolidação do consenso que pairam sobre questões judiciais.

Essa assimetria pode interferir, em menor ou maior intensidade, nesta pesquisa, especialmente nas Fases de Investigação, Tratamento dos Dados e Relatório dos Resultados.

3 justificativa

Esse trabalho se justifica pela interessante temática pouco explorada no Brasil e de impacto relevante a partir do momento em que esbarra na alteração do documento garantidor da democracia e emanador dos direitos e garantias individuais de cada cidadão aqui localizado.

A efetividade da Constituição só pode ser atestada a partir dos mecanismos de controle de quem possui o condão de realizar alterações em seu texto.

Na Colômbia, esse marco ocorreu em 2003, há tão somente 19 anos atrás. No Brasil, não há registros de recepção ou sequer analogia material sobre tal temática. Desse modo, esse estudo busca investigar se a Teoria da Não Substituição da Constituição é aplicável em nosso ordenamento jurídico.

INTRODUÇÃO

Na estruturação do Estado Democrático de Direito, o instituto do controle de constitucionalidade das leis possui relevância pois é a partir dele que é mantida a rigidez do ordenamento jurídico no qual os cidadãos são submetidos por vontade própria em troca da proteção de seus direitos fundamentais e da garantia de que a Constituição não seja reduzida a um objeto que possa ser manipulado e que legitime condutas totalitárias e abusivas praticadas pela burocracia. Sob este prisma, tem-se a Carta Magna como justa, solidária e democrática. Características a tornam legítima conforme sua abertura à participação popular.

Para interpretar como ocorrem as alterações na Constituição e quais seus mecanismos de proteção, importa trazer à tona o registro completo dos acontecimentos relevantes que desembocaram no nascimento da Teoria da Não Substituição da Constituição de modo que seja possível analisar a atual conjuntura com a lupa afiada pelos acontecimentos históricos, políticos e multi-geográficos, ocorridos na época, que conduziram o caminho que hoje conhecemos.

Atualmente, enfrentamos uma crise paradigmática onde se procura debater os mecanismos úteis no atendimento da efetividade do ordenamento jurídico e a extensa participação dos indivíduos em sua elaboração e efetivação, por essa razão, o estudo do controle de constitucionalidade vem sendo difundido em doutrinas nacionais e estrangeiras. Apesar disso, ressalta-se que a Teoria da Não Substituição da Constituição, de origem colombiana, não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Neste diapasão, são justamente os mecanismos de controle de constitucionalidade a régua instrumental para proteção da Constituição, haja vista que o avanço jurisprudencial e as atualizações de *modus operandi* ocorrem de modo orgânico e far-se-á indeclinável a proteção de determinados pilares objetivando impedir que a Carta Magna sucumba e direitos há muito consagrados sejam violados.

Nesse contexto, importa salientar o papel que a Constituição possui como uma espécie de Lei guarda-chuva de modo que haja uma lei maior debaixo da qual virão outras leis regulando o ordenamento jurídico do país.

Sob este prisma, importa iniciar o presente tema com a pesquisa sobre o controle de constitucionalidade alemão pelo seu alto grau de desenvolvimento, efetividade, bem como suas influências nas atualizações ocorridas em território nacional através da Emenda Constitucional n. 3/93¹ e pelas Leis números 9.868/99² e 9.882/99³.

¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm>. Acesso em: 10/05/2022.

²

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal>. Acesso em: 10/05/2022.

³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 10/05/2022.

I. IMPACTOS NA AMÉRICA DO SUL – O SURGIMENTO DA TEORIA DA NÃO SUBSTITUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO POR MEIO DA JURISPRUDÊNCIA COLOMBIANA

Desde 1991 quando foi promulgada a Constituição atual da Colômbia, esta foi reformada mais de vinte e quatro vezes por diferentes razões. Sua modificação, no entanto, ocorreu por elementos reacionários que fizeram com que a intenção dos constituintes de 1991 não se cumprisse em alguns aspectos importantes, como a autonomia das entidades territoriais, a limitação dos poderes do executivo e a reforma das más práticas no Congresso.

As mudanças foram em sua maioria tangenciais e precisas, mas também se destacam modificações estruturais como a reforma política, a modificação do sistema penal e a recentralização das finanças públicas no Estado.

É notório também que as modificações pontuais e estruturais incorridas na Carta vieram a desestruturar o desenho constitucional e nos dias atuais o país se vê diante de um dismantelamento de modo gradual de sua Constituição original.

É verdade que os artigos que regulam a modificação de sua Constituição estabelecem a possibilidade de realizar emendas constitucionais de modo menos rígido, vejamos:

ARTIGO 376° - Por lei aprovada pela maioria dos membros de ambas as câmaras, o Congresso pode dispor que o povo, em votação popular, decida convocar uma Assembleia Constituinte com a competência, o período e a composição que a mesma lei determina. Fica entendido que o povo convoca a assembléia, se for aprovada por pelo menos um terço dos membros dos cadernos eleitorais. A assembleia deve ser eleita pelo voto direto dos cidadãos, em ato eleitoral que não pode coincidir com outro. A partir da eleição, fica suspenso o poder ordinário do Congresso de emendar a Constituição durante o prazo indicado para que a Assembleia cumpra suas funções. A assembleia adotará seu próprio regulamento.

ARTIGO 378°.—Por iniciativa do Governo ou dos cidadãos, nas condições do artigo 155.º, o Congresso, mediante lei que requeira a aprovação da maioria dos membros de ambas as câmaras, pode submeter a referendo um projecto de reforma constitucional que o Congresso incorpore a lei. O referendo será apresentado de forma que os eleitores possam escolher livremente na agenda ou articular o que votam positivamente e o que votam negativamente. A aprovação de reformas à Constituição por meio de referendo exige o voto afirmativo de mais da metade dos eleitores, e que o número destes ultrapasse um quarto do número total de cidadãos que compõem os cadernos eleitorais.

Essa flexibilidade na possibilidade de reforma deu origem à um grande número de emendas à Constituição em um curto espaço de tempo. Isso foi evidenciado a partir do ano de

2002 quando, com a entrada do advogado e político colombiano Álvaro Uribe Vélez na presidência, a Carta passou a sofrer profundas reformas.

Tais reformas foram impulsionadas por decisões políticas específicas que objetivavam a implementação de um programa de governo através de emenda constitucional. Assim, Uribe propõe importantes reformas, muitas delas motivadas por recomendações de missões econômicas ⁴que começam a dar uma nova cara à Carta.

Noutro lado, o Tribunal Constitucional através das suas sentenças, vem desenvolvendo relevante jurisprudência sobre o controle da constitucionalidade das reformas à Constituição.

Ainda que dos artigos 1º, 2º, 241º e 379º da Constituição Política disponha que um controle somente pode ser efetuado quando referente a vícios processuais na formação de reforma por atos legislativos, por referendo e por Assembleia Nacional Constituinte, a Corte, a partir do acórdão da sentença C-551 de 2003, ampliou seus poderes ao estabelecer como vício irremediável a incompetência do órgão reformados. Isso significa dizer que a corporação constitucional pode entrar para revisar se o poder de revisão substituiu ou revogou a Carta Magna.

Inicialmente, a corporação constitucional implementou esta doutrina para a revisão das reformas por referendo constitucional, mas pouco depois foi alargada para revisão das reformas por ato legislativo. Até a data do presente estudo a possibilidade de revisão do conteúdo de uma reforma por meio do uso do artigo 376 do CP ainda não tinha sido posta em prática.

No entanto, sob a diferenciação entre assembleia constituinte e assembleia constitucional, pode-se pensar que na revisão da lei que preconiza a conformação da assembleia, estuda-se se o Congresso ultrapassou “seus poderes” ao se tornar constituinte.

Neste contexto, quando se trata de reformas sobre um tema específico (assembleia constitucional), a Corte poderia estudar se há falta de competência do órgão reformador nas

⁴ Por exemplo, a missão liderada por ALBERTO ALEsINA e seu relatório “Reformas Institucionais na Colômbia”, de 2002, que recomendava limitar o poder do Tribunal Constitucional nos controles econômicos, revisar questões relacionadas à descentralização fiscal, modificar o papel ou papel da Congresso fortalecendo partidos políticos por meio de liminares e bancadas, entre outras propostas. Veja: V.V. AA. Reformas institucionais na Colômbia: uma agenda reformista para os desafios do novo século (editado por ALBERTO ALEsINA), Bogotá, Alfaomega-Fedesarrollo, 2002.

disposições da lei convocatória e em relação aos temas formulados. Da mesma forma, se a lei convocatória estabelecia uma “competência geral” para a assembleia *ad hoc* realizar um novo processo de constitucionalização (a própria assembleia constituinte), poder-se-ia pensar em implementar a teoria da “inconstitucionalidade por substituição” para proteger os elementos gerais de qualquer constituição: a supremacia, separação de poderes e proteção dos direitos fundamentais.

Assim, a tese do poder da Corte de revisar o conteúdo das reformas para verificar se o poder da reforma substituiu os princípios e valores fundamentais da Constituição de 1991, bem como os princípios do bloco constitucional apresenta-se relevante.

A grande questão está em torno da tese da incompetência. Isto porque apesar de parecer benéfico que a partir dela tenha sido implementado um controle de tipo material que busca impedir a destruição da Constituição sob o pretexto de reforma, o Tribunal acabou por não definir quais seriam os princípios ou valores básicos classificados como insubstituíveis pelo poder de revisão.

Com isso, vemos uma porta aberta com amplos poderes para declarar uma reforma inconstitucional ou não. Nesse mesmo âmbito, as constantes modificações que foram feitas na Constituição de 1991 desestruturaram o esquema de freios e contrapeso da Constituição, caindo no risco que, como Aristóteles alertou na *Política*⁵, de transformar a democracia em demagogia.

O autor Pedro de Vega Garcia explica em seu prólogo do livro *Limites da reforma constitucional na Colômbia: o conceito da Constituição como base da restrição*⁶ que o problema teórico ou a tensão permanente do constitucionalismo se resume no conflito entre duas ideias básicas: a ideia de soberania popular como elemento político básico e a noção de supremacia constitucional como limitante. Este conflito surge desde os gregos, principalmente com as reformas legais de Sólon, Clisthenes, Ephialtes e Péricles onde a democracia direta é estabelecida pela primeira vez como um sistema de governo em Atenas.

⁵ São Paulo: Edições Loyola, 2007. ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007.

⁶ PEDRO DE VEGA. Prólogo do livro de GONZALO RAMÍREZ CHAVES *Limites da reforma constitucional na Colômbia: o conceito da Constituição como base da restrição*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 23.

1.1 As limitações da democracia nos regimes democrático-constitucionais atuais e a diferenciação entre o poder constituinte e o poder de reforma

Com as primeiras ideias revolucionárias burguesas do final do século XVIII, onde as constituições se baseavam na vontade popular de origem rousseauiana, o problema das limitações do poder na democracia se instaurou novamente.

O dilema da restrição da democracia no que tange as leis superiores revive porque a questão de saber se a Constituição é legítima para limitar o poder na democracia não pode ser facilmente respondida.

No entanto, em seu artigo “O que é o terceiro Estado?”, Sieyès propõe uma solução antecipada, desta vez com a distinção entre poder constituinte e poder constituído, o que daria origem à tese de que a técnica da reforma pertence à esfera do poder constituído e, portanto, devem estar sujeitos aos limites propostos na mesma Constituição.

No entanto, não seria senão na emergência do totalitarismo e do fascismo na Europa no período entreguerras quando a democracia do tipo referendo é utilizada para legitimar partidos autocráticos no poder que destroem ou eliminam valores constitucionais fundamentais, onde se volta a perguntar aos dogmáticos se o poder de revisão pode, com base em seu apoio democrático, eliminar os pressupostos básicos das constituições.

HELLER, por exemplo, em um documento de 1931 intitulado Objetivos e limites de uma reforma da Constituição alemã⁷ propõe que a legitimidade democrática nunca deve ser dispensada, mas também a legalidade do Estado de Direito também não deve ser privada "em hipótese alguma" baseado em uma Constituição.

E essa legalidade se baseia em dois princípios básicos que os franceses haviam sintetizado em 1789 no artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que dispõe que "Toda sociedade que não divide poderes nem protege direitos carece ou não Tem Constituição", onde se estabelece a primeira definição de norma constitucional a partir de suas características fundamentais.

⁷ HERMAN HELLER. O sentido da política e outros ensaios, Valencia, Pré-Textos, 1996, p. 73.

No supramencionado dispositivo, verifica-se uma tensão permanente dentro do constitucionalismo que se baseia em duas noções básicas. Em primeiro lugar, a Constituição como entidade política, entendida como aquele pacto fundamental em que o homem, de forma autônoma e democrática, concorda com sua estrutura de governo⁸ e, em segundo lugar, a noção de Constituição como aquele sistema jurídico originário e supremo que protege os direitos e limita os poderes do soberano⁹.

É assim que a dogmática moderna complementa a distinção feita pelos SIEYÉS entre poder constituinte e poder constituído, onde se inclui o poder de revisão ou reforma, já que este último funciona nos canais da própria Constituição, é representativo e tem como função rever a regra fundamental sem suprimi-la. Da mesma forma, esse poder não poderá modificar à vontade os *nomoi* contemporâneos que se baseiam nas características básicas do artigo XVI da Declaração, juntamente com o aspecto jurídico da supremacia da Constituição.

A diferenciação entre poder constituinte e poder de revisão permitirá distinguir entre os representantes do povo que elaboram a Constituição por meio das assembleias constituintes, que têm a vocação de constituir ou estabelecer um novo compromisso jurídico-político, dos delegados encarregados de modificar o referido pacto para adequar a regulamentação vigente às necessidades e interesses da sociedade em que está inserido.

Pensamos que a democracia contemporânea, como a democracia grega, não pode basear-se no princípio monárquico de ULPIANO segundo o qual: "*Princeps legibus solutus est*". A democracia, como qualquer poder, deve ser limitada por princípios básicos que explicam, legitimam e restringem esse mesmo poder, e que não podem ser eliminados pelo poder legal da reforma. Vejamos a seguir se essa distinção foi realizada nas reformas constitucionais que ocorreram na Colômbia desde a aprovação da Constituição de 1991.

1.2 As reformas incorridas na Constituição atual colombiana no governo Uribe Vélez e o controle de constitucionalidade das reformas

⁸ Nesse sentido, as teses contratualistas de HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU e KANT.

⁹ 8. Assim, a "Carta Magna" de 1215 limitaria ou restringiria o poder de JUAN SIN TIERRA, a Carta de Direitos de 1688 impediria excessos de direitos por parte do Príncipe de Orange, etc.

Levando em conta as limitações do poder na democracia, ao analisar as principais reformas implementadas na Constituição colombiana desde 1991, pode-se dividi-la em três momentos, o primeiro de 1991 até 2002, que tiveram em sua maioria modificações tangenciais ou de simples ajustes legais. O segundo de 2002 à 2006¹⁰ foi caracterizado por reformas de longo alcance na Constituição que adveio de um longo plano político que buscou implementar um programa de governo específico utilizando ferramenta de mudança através da Constituição.

E, ainda, num terceiro período de 2006 à 2008 que tem como marco a combinação de reformas pontuais, propostas de reformas estruturais, como a política e a reforma da justiça, e uma série de propostas de referendo constitucional por iniciativa cidadã utilizando-se do artigo 378 da Constituição Política.

Merecem destaque o segundo período que consta as características de reforma que Uribe realizou em seu primeiro mandato como presidente do país. As reformas nesse segundo período, como comentado anteriormente, tendem a implementar uma proposta política concreta. Ao assumir o cargo, Uribe Vélez levantou a necessidade de uma revisão da Constituição, a fim de, em sua opinião, reestruturar as instituições, corrigir a politicagem e eliminar as ambiguidades do pacto político-jurídico da Colômbia.

Logo no início dos procedimentos de reforma constitucional apresentados neste segundo período, o governo começou a implementar o seu programa de governo através de reformas à Constituição e através do processo aparentemente mais célere do artigo 378º ou referendo constitucional, confiando na grande popularidade do Presidente que se manifestou nas eleições de 2002, onde Uribe Vélez obteve a sua vitória no primeiro turno por maioria absoluta.

No entanto, como o referendo de 2003 não foi aprovado por falta de votação necessária¹¹, o governo e suas maiorias no Congresso adotam uma posição mais deliberada, mas igualmente efetiva, pois o que não foi aprovado por referendo é aprovado concomitantemente, como foi o caso da reforma política ou Ato Legislativo nº 1 de 2003¹² ou posterior como por exemplo, o

¹⁰ O período corresponde ao primeiro mandato de governo do ex-presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2006).

¹¹ Parte da explicação para a não aprovação da proposta de referendo do governo deve-se à reforma que especificou que “a partir de 1º de janeiro de 2005 e até dezembro de 2006 não haveria aumento de salários e pensões dos servidores públicos”. Servidores públicos ou parentes de tais funcionários se abstiveram de votar no referendo em sua totalidade

¹² Por exemplo, a questão 15 que reformou o artigo 108 onde foram estabelecidos os limites eleitorais e as normas referentes à concessão de status legal aos partidos políticos.

Ato Legislativo da reforma previdenciária nº 1 de 2005¹³, por meio do mecanismo ordinário do Ato Legislativo.

Além disso, nas ações do ex-presidente, verifica-se que a maioria das reformas constitucionais tenderam a fazer modificações aditivas à Constituição sem revogar os artigos originais, gerando em muitos casos confusão e falta de clareza e certeza da norma constitucional reformada.

Muitas das alterações estabelecem artigos transitórios com prazos peremptórios para a aprovação das leis que regulamentam os aspectos reformados, sob pena de conferir poderes extraordinários ao executivo para promulgar as leis reguladoras. Da mesma forma, em alguns casos, os prazos para o Tribunal Constitucional rever os projetos de emenda constitucional foram encurtados.

Insta salientar que dentre as características de reformas realizadas por Uribe, ao final de seu mandato, destaca-se a utilização do mecanismo do referendo constitucional por iniciativa popular em diferentes questões como a reeleição, onde o Tribunal Constitucional terá que entrar para saber verificar se os princípios básicos e pilares dessas modificações eliminam os elementos fundamentais da Constituição.

Neste sentido, deve ter-se em conta que o controle da constitucionalidade das reformas por referendo constitucional tem um controle reforçado em dois momentos: primeiro, o controle automático da lei do referendo e, segundo um controle solicitado ou por ação do referendo procedimento que pode ser apresentado por qualquer cidadão no prazo de um ano a partir de sua promulgação pelo Presidente da República. Esta interpretação foi dada a partir do Despacho 001 de 20 de janeiro de 2003. Além disso, também nas sentenças C-551 de 2003, C-973 de 2004, C-1000 de 2004, C-1121 de 2004 e C-113 de 2006, onde foram conhecidas alegações de inconstitucionalidade do referendo.

Dentro do controle de constitucionalidade das reformas distinguiremos dois processos: o controle eminentemente formal ou de vícios processuais das reformas, onde o Tribunal Constitucional analisa se dentro de cada um dos procedimentos e em cada um dos mecanismos

13 Parte da oitava questão da Lei 793 de 2003 que limitava o valor das pensões cobradas dos recursos públicos a um máximo de 25 salários-mínimos.

de reforma utilizados e requisitos jurisprudenciais, e o controle por incompetência do órgão reformador ou inconstitucionalidade por substituição que ocorre a partir do Acórdão C-551 de 2003, onde se apresenta mudança de jurisprudência ¹⁴quanto às possibilidades que a corporação constitucional tem de conhecer o conteúdo das reformas quando o órgão da reforma substitui ou destrói os princípios em que se baseia a Constituição.

Cabe destacar que nos requisitos jurisprudências supramencionadas, deve haver ligação com a doutrina e técnica do precedente. Por exemplo, no tramite das reformas o projeto deve ser discutido compulsoriamente (Sentença C-372 de 2004), ou que as disposições relativas a sanções e objeções governamentais não sejam admitidas nos projetos de atos legislativos (Sentença C-1053 de 2005).

A compreensão dos vícios processuais deve ser explicada a partir do princípio democrático que contém outros subprincípios como publicidade, participação política, respeito e proteção às minorias políticas, entre outros.

Segundo o Professor Alfonso Palacios, a fiscalização de vícios processuais deve ser tratada como “uma visão substancial [...] a partir da qual se reconhece e valoriza a importância dos princípios constitucionais envolvidos na sua realização”.

Portanto, na análise dos vícios processuais, que se subdividem em corrigíveis e irremediáveis de acordo com a gravidade da infração, essa questão substantiva deve ser considerada dentro dos vícios processuais. O procedimento não consiste apenas em seguir cada uma das etapas propostas esquematicamente nas normas constitucionais e legais, especialmente a Lei n. 5 de 1992, mas no cumprimento efetivo, na jornada, do princípio fundamental da democracia.

Seguindo esse esquema, destacam-se os acórdãos de constitucionalidade que declaram a inconstitucionalidade de algumas reformas por vícios processuais, onde é possível verificar qual foi o vício substancial que foi violado.

¹⁴ A tese da revisão das reformas não foi admitida devido a aspectos alheios ao procedimento. Acórdãos C-753 de 1994; C-222 e C-387 de 1997; C-543 de 1998 e C-487 de 2002 (ver MARIO ALBERTO CAJAS SARRIA. “A reforma constitucional: limites da Corte ao Congresso”, in Precedente, Cali, Icesi, 2004, p. 15).

a) O acórdão C-1092 de 2003, que ao revisar o Ato Legislativo nº 3 de 2002 (reforma do Ministério Público) declara a inconstitucionalidade da última parte do inciso 2 do art. em primeiro. O Tribunal considera que, apesar de não ser considerado um esquema de identidade absoluta dos projetos, mas sim um esquema de identidade relativa, deve-se perguntar se a mudança foi essencial ou não para realizar o estudo de constitucionalidade e declarar a exigibilidade ou inexigibilidade da reforma por vícios processuais¹⁵.

b) A Portaria C-668 de 2004 declara inconstitucional o artigo 16 da reforma política que regulamentou o número de membros nas assembleias departamentais, por falta de discussão, uma vez que o artigo declarado inconstitucional foi aprovado pelo “pupitrazo”, violando assim o princípio democrático ao não permitir o debate ou a participação de minorias¹⁶.

c) A Sentença C-816 de 2004 declara inconstitucional por vício processual irremediável a integralidade do Ato Legislativo nº 2 de 2003 (o equivocadamente “Estatuto Antiterrorista”), por considerar que a votação do relatório de apresentação no sexto debate do segundo rodada não atingiu a maioria absoluta necessária e, portanto, violou o princípio democrático¹⁷.

Por outro lado, deve-se notar que o Tribunal declarou exequíveis algumas reformas constitucionais, os atos legislativos, que foram demandadas por vícios processuais, considerando que o vício do procedimento ou não existe, ou não é suficientemente oneroso para declarar a reforma inconstitucional.

¹⁵ Neste caso, a Corte considera que a mudança foi substancial e viola expressamente o parágrafo final do artigo 375, que determina que: “no segundo período somente poderão ser debatidas as iniciativas debatidas no primeiro período”. Leva-se em conta o precedente da Sentença C-614 de 2002, que afirma que: “(I) em cada debate somente poderão ser discutidas as questões que foram consideradas nos debates anteriores, e (II) as modificações e acréscimos que forem introduzidos devem estar relacionados com o que foi debatido nas etapas anteriores do processo legislativo”.

¹⁶ A Corte considera na referida sentença que “Com esta conduta, o princípio democrático para a adoção de uma reforma constitucional é gravemente afetado, pois para a modificação da Carta Política, assim como para a formação de leis, é absolutamente indispensável. o debate, ou seja, a discussão em torno do projeto normativo em questão. Isso não significa, como é óbvio, que em relação a cada norma seja necessária intervenção a favor ou contra seu conteúdo, nem significa que seja necessária a participação de um grande número de parlamentares na discussão formalmente aberta, uma vez que a existência de a discussão. E se não puder ser evitado em nenhum caso e, com maior razão, no caso de uma reforma constitucional, é que a Presidência, de forma formal, abra a discussão para quem a tem bem, se pronuncie no sentido disso lhes parece. O que é inadmissível é que vá direto da proposta para a votação, sem sequer ter a oportunidade de discuti-la”.

¹⁷ A maioria absoluta exigida não foi obtida na Câmara dos Deputados para a discussão do relatório do jornal, que é de 84 votos, e a votação foi encerrada mais cedo para tentar alcançar essa maioria no dia seguinte.

A despeito disso, temos, por exemplo, as sentenças C-222 de 1997, C-543 de 1998 e C-1053 de 2005¹⁸ que estipulam que nas reformas por ato legislativo é inadmissível a mensagem de urgência, as sessões conjuntas das comissões permanentes e as objeções. Da mesma forma, a aplicação da sanção presidencial não é necessária para que o ato legislativo seja válido.

Da mesma forma, no acórdão C-178 de 2007, ficou estabelecido que os decretos expedidos pelo Presidente da República para corrigir erros tipográficos no caso do estudo de constitucionalidade do Ato Legislativo nº 1 de 2005 de Reforma do Sistema de Pensões¹⁹ não eram inconstitucionais.

Por outro lado, é necessário levar em conta os despachos 155 e 156 emitidos pelo Tribunal em 2 de julho de 2008, que resolveram as petições de um grupo de cidadãos e da Câmara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça para declarar nulo a revisão do ato legislativo AL nº 2 de 2004 que trata da reeleição. Tais demandas foram baseadas no artigo 49 do Decreto 2.067 de 1991, que foi tomada em consideração pelo Tribunal Constitucional para rever as suas próprias sentenças.

Os demandantes consideraram que a confissão da ex-representante do YIDIs MEDINA por suborno²⁰, ao afirmar que recebeu vantagens para aprovar a reforma constitucional, era motivo mais que suficiente para rever o ato novamente, uma vez que violou claramente o princípio democrático, pois no processo da reforma foi cometido um crime²¹. Neste caso, o

¹⁸ Repete o estabelecido nas sentenças C-222 de 1997 e C-543 de 1998. Ver também RAMIREZ LEVES. Limites da reforma constitucional na Colômbia: o conceito da Constituição como base da restrição, cit., pp. 449 a 452.

¹⁹ Exigiu-se o Decreto 2576 de 2005. O Tribunal Constitucional estabeleceu que “Quanto aos poderes de decretar a correção de erros, o artigo 1º da Lei 45 de 1913 estabelece que compete aos respectivos funcionários corrigir erros caligráficos ou tipográficos no texto de uma norma, quando não há dúvida da vontade do Congresso. Da mesma forma, foi dito que a emissão de decretos para corrigir erros é uma função administrativa e ordinária do Presidente da República na área de promulgação de leis. O decreto de correção de erros emitido pelo Presidente da República altera erro de digitação na redação do título do Ato Legislativo 01 de 2005 e em nada altera a vontade do Congresso. A correção consistiu em a) suprimir a expressão “projeto”, tendo em vista que a reforma já havia sido aprovada pelo Congresso nos dois turnos exigidos pela Constituição e, portanto, já era um Ato Legislativo, não um projeto de lei; b) excluir a data 22/07/2005 e) excluir a expressão “segundo turno”. A correção do equívoco respeita a vontade expressa do Congresso e visa assegurar que o referido instrumento, definitivo em razão da conclusão da formação do Ato Legislativo, não seja qualificado com palavras que lhe confirmam caráter provisório, contra o óbvio e adverso. caráter ao que foi efetivamente decidido pelo reformador da Constituição.

²⁰ O suborno é um crime de dupla natureza. Funcionário público que pratica ou omite atos, recebendo regalias ou ofertas de outra pessoa.

²¹ Também foi verificado o pagamento de quantias em dinheiro a outro membro da Primeira Comissão da Câmara dos Deputados: TEODOLINDO AVENDAÑO, que foi preso pelos mesmos atos.

Tribunal negou os recursos por considerar que o prazo de um ano para a revisão do ato já havia expirado.

1.3 O controle de constitucionalidade por falta de competência do órgão reformador: a inconstitucionalidade por substituição²²

Como anteriormente mencionado, a partir da Sentença C-551 de 2003, a Corte Constitucional introduz na Colômbia a diferenciação entre poder constituinte e poder de revisão quando se trata de reformas constitucionais por meio de referendos e atos legislativos, permitindo a declaração de inconstitucionalidade de reforma à Constituição pela substituição dos princípios e valores essenciais ou decorrentes do bloco constitucional.

Esta atribuição se apresenta como a implementação na Colômbia do entendimento de que a democracia representativa deve em qualquer caso ser restrita ou limitada em relação a princípios normativos superiores que correspondem à tese clássica proposta por Aristóteles para distinguir os *nomoi* dos *psefismata*²³. Com base no fundamento jurídico 29 da sentença C-551, o Tribunal Constitucional considera que: “O poder de reforma (poder constituinte derivado), refere-se à capacidade de certos órgãos do Estado [...] a própria Constituição [...] Portanto, é um poder derivado e limitado”²⁴.

Essa sentença-marco que limita o poder na democracia a orçamentos legais mais altos gerou uma nova controvérsia ou tensão no constitucionalismo colombiano.

Sua Constituição não contém cláusulas pétreas ou cláusulas expressas de intangibilidade como a Constituição alemã (artigo 79.3), a portuguesa (artigo 288), a italiana (artigo 139), a francesa (artigo 89, seção 5), a Constituição da República Bolivariana da Venezuela (artigos 342 e 350), do Brasil (artigo 60), de El Salvador (artigo 240, parágrafo 3) e de Honduras (artigo 374).

²² Mais informações disponíveis sobre este assunto nos artigos de CAJA SARRIA. “A reforma constitucional limita a Corte ao Congresso”, cit.; e RAMÍREZ CLEVES. “O controle material das reformas constitucionais por meio de ato legislativo com base na jurisprudência estabelecida na Sentença C-551 de 2003”, in Revista de Direito do Estado, nº 18, Bogotá, junho de 2006, pp. 3-32.

²³ “Quando o povo de Atenas, por exemplo, nomeou ou destituiu seus chefes, concedeu honras a um, impôs penalidades a outro e, por meio de uma multidão de decretos particulares, exerceu indiscriminadamente todos os atos de governo, o povo não tinha mais uma vontade geral, propriamente dito; já não atuava como Soberano, mas como Magistrado” (Du Contrat Social, livro segundo, cap. 4).

²⁴ Fundamento jurídico 30.

No entanto, a nosso ver, a interpretação dada pela Corte de diferenciar o poder reformador do poder constituinte na análise das limitações à modificação constitucional tem sido correta e constitui um avanço dentro de nosso constitucionalismo ao evitar que as reformas destruam os princípios inseridos na Constituição e manter a democracia jurídica.

Não obstante o exposto, é evidente que o acórdão tenta ocultar o poder do Tribunal com argumentos de interpretação textual que pretende introduzir a hipótese de que, em última análise, a corporação não ultrapassou suas funções hermenêuticas porque dentro dos vícios de forma na revisão das reformas estão incluídas as competências do órgão reformador e, portanto, continua a ser um vício procedimental e não de substância.

Neste sentido, ARMANDO BENEDETTI afirma que a jurisprudência sobre se a competência é um vício formal vem mudando. Em primeiro julgamento, na Sentença C-042 de 1993, a sociedade entendeu que as questões concorrenciais se enquadram “dentro dos vícios formais sujeitos a prazo de caducidade”. No entanto, na Sentença C-546 do mesmo ano, considerou que as questões concorrenciais "constituem um defeito material e substancial", em sua publicação "O que está por trás do fundo?", em El Tiempo, 24 de outubro de 2005.

Com o Acórdão C-551 de 2003, seria retomada a tese de que a incompetência do órgão reformador é um vício de procedimento, até porque mais tarde seria adotado que o prazo de caducidade para apresentar a ação de inconstitucionalidade por substituição é o mesmo prazo de um ano estabelecido no n.º 2 do artigo 379.º para as demandas por conta de vícios de procedimentos em atos legislativos.

Por outro lado, no estabelecimento da tese da limitação das reformas constitucionais que tendem a substituir os princípios e valores que dão forma e consistência ao pacto político-jurídico, o Tribunal Constitucional teve o problema lógico de implementar a tese da limitação material ou jurisdicional na análise de cada uma das ações de inconstitucionalidade por substituição que se apresentaram.

Isto porque diante de uma primeira etapa em que a corporação constitucional se declarou inibida de resolver a cobrança substitutiva, pois, segundo o Tribunal, as cobranças foram mal formuladas, ou porque as demandas não atendiam aos requisitos básicos de clareza, relevância,

suficiência, especificidade e especificidade, conforme sentenças C-1200 de 2003, C-572 de 2004 e, de alguma forma, sentença C-816 de 2004²⁵, pela primeira vez a empresa foi incentivada a analisar uma acusação de substituição nas sentenças C-970 e C-971 de 2004²⁶.

Neste primeiro estudo, o Tribunal optou por fazer uma classificação bastante confusa que diferenciava os termos intangibilidade, substituição, alteração e insubstituibilidade, um estudo meramente analítico, mas pouco claro para fins práticos. Da mesma forma, no Acórdão C-971 de 2004, foi estabelecida uma metodologia de interpretação para o Tribunal Constitucional utilizar ao estudar as alegações de inconstitucionalidade por substituição na forma de “teste de substituição”.

A sentença C-971 de 2004 dispõe que os princípios da Constituição devem ser considerados como premissa maior –que ainda não são conhecidos– e compará-los com o ato acusado e os argumentos apresentados. A frase diz que os princípios podem ser “alterados”, mas não “substituídos”, gerando confusão para saber quando é uma coisa ou outra²⁷.

No entanto, foi apenas com os acórdãos sobre a reeleição presidencial de Uribe, especialmente com o Acórdão C-1040 de 2005, de mais de 650 páginas, que o Tribunal Constitucional declarou pela primeira vez inconstitucional uma reforma por substituição do mesmo. A Corte considerou inconstitucional a faculdade prevista no Ato Legislativo n. 2 de 2004 concedendo a um órgão jurisdicional a possibilidade de legislar²⁸.

Para o Juiz Humberto Sierra Porto²⁹ por considerar que a tese da limitação material ou intrínseca, de revisar o conteúdo das emendas constitucionais por incompetência, não pode ser aplicada, pois nossa Constituição carece de cláusulas expressas de intangibilidade.

²⁵ Como a corporação constitucional considerou que entre os vícios formais e os de competência por substituição, prevalecem os primeiros na análise em relação aos vícios processuais por incompetência do órgão reformador.

²⁶ Foi analisado nestas sentenças se o poder temporário concedido ao Executivo para ditar leis estatutárias na reforma política (ato legislativo nº 1 de 2003) violou o princípio da separação de poderes. A Corte considera que não a viola porque a possibilidade de regulamentá-la é pro tempore e não definitiva.

²⁷ RAMÍREZ CLEVES. “O controle material das reformas constitucionais...”, cit., pp. 22 a 23.

²⁸ No entanto, e paradoxalmente, a corporação constitucional, para não declarar inconstitucional a mesma Lei de Garantia que o Congresso elaborou, decide, por meio de sentença manipuladora e integradora, reescrever completamente a lei delineada.

²⁹ Acórdão C-1040 de 2004.

Essa interpretação minoritária também foi recolhida no acórdão C-757 de 2008 pelo magistrado Nilson Pinilla³⁰, que considera no Voto Salvamento que “em sua opinião, o controle de constitucionalidade não cabe aos chamados vícios de competência, relacionados a chamada substituição da Constituição”³¹.

Portanto, é claro que a adoção da tese das limitações materiais do poder de reforma na Colômbia, ou como sustenta a Corte, a falta de competência do órgão reformador, é complexa em sua implementação prática, especialmente quando se trata de determinar quando os princípios básicos da Constituição ou do bloco constitucional estão sendo substituídos ou alterados.

Para resolver esse complexo dilema, o Tribunal poderia estabelecer quais são os princípios estruturantes da Constituição e do bloco de constitucionalidade inalterável através da utilização de metodologias dedutiva e indutiva, esta última que de fato tem sido utilizada na prática.

A metodologia dedutiva é que o Tribunal deve estabelecer, por meio de uma interpretação sistemática e teleológica, quais artigos da Constituição encontram seu fundamento básico. Para descobrir quais são esses *nomoi* inalteráveis, o juiz constitucional realiza um estudo que parte da conceituação da Constituição em sentido amplo e da determinação dos elementos da Constituição em sentido estrito.

Na metodologia indutiva, é decidido em cada caso concreto e através da reclamação de inconstitucionalidade ou do exame da lei do referendo ou da convocação da Assembleia Nacional Constituinte, quais são aqueles princípios básicos inseridos em nossa carta constitucional que não podem ser reformados pelo poder constituído.

Embora pareça proveitosa, pois o ônus de determinar o princípio inalterável ou *nomoi* cabe ao autor e independe da subjetividade do juiz constitucional, a metodologia indutiva exige para sua realização final as técnicas de avaliação objetiva ou razoável que foram dadas na

³⁰ Tanto o magistrado Serra, quanto Pinilla não concordam com a tese de revisão do conteúdo das reformas por falta de competência ou substituição.

³¹ Comunicado de imprensa nº 36, 30 de julho de 2008.

doutrina para verificar se as considerações legais estão estabelecidas na sentença e que estas não decorrem da situação ou da influência política.

Importa frisar que o ônus de determinar o princípio inalterável fica a cargo do autor e independe da subjetividade do juiz constitucional, pelo menos quando se trata do controle dos atos legislativos, não do controle automático da lei de reforma constitucional para o referendo e a lei que convoca uma assembleia constitucional ou constituinte nacional para a reforma, onde o controle deveria ser dado com respeito às leis de convocação e não da demanda.

A partir dessas metodologias, seria possível verificar se determinado princípio está plenamente desenvolvido na parte orgânica da Constituição e é fundamento de outros artigos constitucionais. Em caso positivo, pode ser estabelecido que se trata de um princípio inalterável.

Finalmente, pensamos que, apesar de o argumento da incompetência do órgão reformador ter sido útil para a introdução da tese dos limites materiais do poder de reforma na Colômbia, em certos casos a tese parece inconveniente devido à prevalência do formal sobre o substancial, por exemplo no caso da prática de um crime, como o suborno na aprovação de uma reforma, onde o Tribunal estimou por meio de autos que não pode ser revisto porque os prazos de caducidade venceram em um ano.

Neste último caso, seria melhor para o Tribunal reconhecer de uma vez por todas que está realizando uma revisão constitucional da reforma a fim de proteger a própria constituição e que, portanto, não é uma revisão formal, mas uma revisão material, sem data de expiração da ação.

Embora inicialmente a Corte Constitucional tenha limitado seu julgamento de constitucionalidade ao estudo de falhas processuais, desde a Acórdão C-551 de 2003, e com base na análise da competência do órgão reformador, acabou revendo se o poder de reforma substitui a Constituição por outra, estudo que é realizado levando em conta o caso específico ou metodologia indutiva com respeito à demanda ou às leis convocatórias.

Ao final, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais várias reformas constitucionais. Em relação aos julgamentos de inconstitucionalidade devido a falhas procedimentais, o raciocínio desses julgamentos destaca a análise feita pela corporação sobre

se os aspectos essenciais do princípio democrático foram ou não violados, constituindo um julgamento axiológico ou avaliativo que transcende o mero campo do procedimento formal.

Apesar de ter implementado a tese de "inconstitucionalidade por substituição" pelo Tribunal desde outubro de 2003 (Acórdão C-551), só começou a usar este poder das Rules C-970 e 971 de 2004 com a análise da "acusação de substituição" trazida pelos demandantes. Entretanto, foi somente na Instrução C-1040 de 2005 que, pela primeira vez, uma reforma foi declarada inconstitucional por substituição dos princípios básicos da Constituição, uma vez que os poderes concedidos ao Conselho de Estado para elaborar leis foram considerados inconstitucionais.

1.4 O conceito da não substituição da Constituição e o controle das entidades constitucionais na Colômbia a partir da teoria da substituição constitucional após ato legislativo jurisprudencial estabelecido no julgamento do caso C-551 de 2003

O conceito da não substituição da constituição também entendida como os limites materiais das reformas constitucionais foi consagrada na Constituição Política Colombiana em 1991 para delimitar a competência da Corte Constitucional nos julgamentos sobre controle de constitucionalidades, restando para esta a posição de observador do procedimento, estando, assim, impedida de se pronunciar.

Este cenário se modifica a partir de 2003 com o estabelecimento da linha jurisprudencial definida como teoria da substituição da constituição que visava manter os julgadores atentos as reformas constitucionais ocasionadas por meio de decisões a fim de limitá-las. Seu objetivo é, a partir do questionamento, verificar se o órgão reformatório não estaria ultrapassando o limite imposto pela própria constituição ao reformulá-la.

Neste contexto, indaga-se qual seria a fundamentação jurídica do controle de constitucionalidade dos atos que reformulam a constituição colombiana. Isto porque uma decisão sem argumentação coerente se pressupõe que temos uma irracionalidade arbitral, entrando em cena a Teoria da Argumentação Jurídica que deve-se levar em consideração o histórico jurisprudencial, fatos relevantes e capacidade de mobilizar emoções.

Robert Alexy na obra “Teoria da Argumentação Jurídica” reconhece como sendo unanimidade a ideia de que a aplicação das leis não se restringe a tão somente admissão lógica ou a uma atividade dedutiva, em razão de quatro motivos (i) a imprecisão da linguagem do direito; (ii) a possibilidade de haver conflito entre normas; (iii) a existência de casos que não possuam uma regulação jurídica pré-existente e (iv) possibilidade de decisões contra lei, em casos especiais.

Neste cenário, os casos são julgados a partir da interpretação dos juízes, estes que são fontes indiretas do direito, mas que apresentam importantes subsídios para decidir sobre aquilo que lhes é apresentado.

A promulgação da sentença C-551 de 2003³² pela Corte Constitucional foi um marco na história do constitucionalismo colombiano, pois, a partir dela, houve a limitação dos poderes de reforma na Carta Política e o controle das entidades constitucionais sob a luz da teoria da não substituição da Constituição.

O referido julgamento foi motivado a fim de revisar a constitucionalidade da Lei 796 de 2003 por meio de referendo ao qual foi submetido para consideração da população para um projeto de Reforma Constitucional.

A partir de uma análise jurisprudencial sobre a possibilidade que tem o Tribunal Constitucional de controlar o conteúdo das reformas constitucionais quando as substituições e suas revogações são apresentadas por poderes de revisão não competentes para alterar a estrutura básica da Carta, é possível ver quais as questões de limitações que o órgão reformador deve se atentar. No caso do Congresso, por realizar tais alterações por meio de ato legislativo, torna-se o ponto central das discussões jurisprudenciais que movimentaram a nação nos últimos anos.

Em 07 de agosto de 2002, o ex-presidente Álvaro Uribe Vélez cumpriu sua promessa eleitoral e apresentou um projeto de lei aprovando um referendo que pretendia modificar a Constituição Política de 1991 através do Projeto de Lei 047 do Senado de 2002-057 da Câmara de 2002.

³² Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>>. Acesso em: 10/05/2022.

A Corte, por despacho em 27 de janeiro daquele ano, ordenou a devolução do projeto para que fosse sancionado e, uma vez promulgada a lei, o devolveriam àquela Corporação, com o objetivo de realizar seu controle. Foi assim que o Presidente da República o encaminhou ao Tribunal a Lei 796 de 2003, juntamente com alguns documentos relativos ao processo legislativo, para que este deliberasse sobre sua exigibilidade.

O Tribunal utilizou neste processo um mecanismo de agrupamento para não rever o conteúdo de todas as intervenções, tendo em conta que a intervenção cidadã é concebida para que a comunidade participe ativamente nos processos de constitucionalidade em tramitação no Tribunal, e que tem como objetivo central oferecer elementos de julgamento e pontuar problemas jurídicos que permitam uma maior ilustração e ampliem o debate constitucional.

Assim, mais de trezentas intervenções foram protocoladas por cidadãos integrando um processo gigantesco de mais de trinta mil páginas. Embora os pareceres dos intervenientes tratem de vários aspectos, as deliberações que foram elaboradas tratam principalmente da competência da Corte para exercer controle sobre a constitucionalidade, do procedimento a que estão sujeitos os projetos de lei que exigem referendos, do conteúdo específico da Lei 796 de 2003 e do dever da Corte de proteger a liberdade do eleitor.

O Tribunal sistematizou as intervenções apresentadas com base em seu conteúdo temático, delineando os argumentos a favor e contra a constitucionalidade da Lei 796 de 2003, mas absteve-se de fazer referência expressa a cada uma das contribuições escritas e aos cidadãos que apresentaram a mesma tese. Até que após 60 dias de análise o Tribunal Constitucional deu luz verde a quinze dos dezenove tópicos incluídas na supramencionada Lei para serem votadas em um referendo.

A decisão indicou que o controle constitucional exercido pela Corte sobre a lei é caracterizado pelo fato de ser anterior ao pronunciamento popular que é concentrado pois está exclusivamente nas mãos da Corte Constitucional. Judicial, porque está nas mãos da natureza do órgão que o realiza; automático porque opera por mandato imperativo da Carta Política; integral porque cabe à Corte verificar todos os possíveis defeitos processuais da lei; específico porque a Corte só pode examinar os defeitos processuais da lei, pois não lhe compete estudar seu conteúdo material; participativo porque os cidadãos têm o poder de ajudar ou promover a

constitucionalidade da lei e participativo porque a Corte só pode examinar os defeitos processuais da lei, pois não lhe compete estudar seu conteúdo material.

Especificamente, a Corte só pode examinar os defeitos processuais da lei, pois não é sua tarefa estudar seu conteúdo material; participativa, pois os cidadãos têm o poder de ajudar ou promover a constitucionalidade; definitiva, pois o texto sujeito a controle pode não estar novamente sujeito a pronunciamento pela Corte Constitucional e, por fim, delimitada pela própria Constituição nos artigos 379 e 241 ord. 2º.

O Tribunal Superior indicou que o Congresso da República, assim como o povo, tem um poder limitado para emendar o estatuto superior, já que, na opinião do Tribunal, "a Constituição não pode ser substituída em sua totalidade, revogada ou suplantada". Consequentemente, através do Referendo é impossível modificar os princípios norteadores da Constituição, mudar o modelo do Estado ou desnaturalizar sua função, a ponto de se tornar um ato plebiscitário, que como efeito, foi constituído.

Cabe destacar que restou afirmado que o procedimento de reforma constitucional não está esgotado de acordo com o artigo 378 da Constituição, mas que seu texto deve ser interpretado com as outras disposições que estão de acordo com o procedimento de convocação de um referendo.

Adicionalmente, a Corte também destacou a importância do procedimento formal na elaboração da lei e os aspectos que devem ser levados em conta para evitar possíveis defeitos em sua formação, pois desde o momento em que o projeto é apresentado pelo governo, é o governo que estabelece os limites em que qualquer debate no Congresso deve se basear.

De acordo com o Tribunal Superior, somente as violações do Título XIII e da Carta, ou das disposições do Regulamento do Congresso e da Lei Estatutária sobre Mecanismos de Participação (LEMP) que desenvolvem de perto e diretamente os princípios e valores constitucionais, e em particular os requisitos estabelecidos pelo Título XIII da Carta, representam defeitos que poderiam levar à inconstitucionalidade da lei do referendo.

Após estabelecimento desses parâmetros, as análises das Camaras Alta e Baixa serão limitada aos mesmos, restringindo, assim, tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo

possibilidade de introduzir modificações e incluir mudanças fora do escopo temático do projeto de lei.

A propósito, foi decidido que o poder de reforma da Carta pode modificar qualquer disposição do texto em vigor, mas sem que tais reformas impliquem a supressão da Constituição em vigor ou sua substituição por uma nova constituição, que só pode ser obra do constituinte original. Em outras palavras, na Colômbia, o poder da reforma tem limites a seus poderes, pois não pode substituir a Constituição de 1991, como especificado no artigo 374 adotado naquele ano pela Assembleia Nacional Constituinte, como encomendado pelo povo soberano.

Entretanto, dentro da área temática, a Corte decidiu que tanto o Congresso quanto o Governo estão autorizados a alterar o texto inicial, e concedeu uma venda à Legislatura declarando que pode, por sua própria iniciativa e sem autorização do Governo, modificar, apagar ou acrescentar ao conteúdo do projeto de lei, desde que não vá além dos limites estabelecidos. Ao contrário da proposta do Procurador Geral, o Tribunal chegou a afirmar que, uma vez estabelecidas as diretrizes do questionário, não era necessário publicar as modificações no Diário do Congresso, uma vez que o princípio da publicidade, segundo o Tribunal Superior, estava satisfeito com a primeira publicação.

Portanto, não cabe à Carta examinar se o conteúdo material de uma lei que exige um referendo é ou não constitucional, muito menos politicamente expedito, mas sim, de acordo com a decisão, examinar exclusivamente se o procedimento para a formação desta lei está ou não em conformidade com os requisitos constitucionais, uma vez que a lei do referendo tem como objetivo a formação (ou seja, materialmente contraditória) da ordem constitucional em vigor até aquele momento.

Finalmente, com relação à competência das chamadas "comissões de conciliação", a Corte advertiu que elas têm poderes limitados, pois não lhes é permitido reavivar artigos que tenham sido rejeitados em qualquer das sessões plenárias do Congresso, o que violaria o artigo 161 da Constituição.

Os juízes Araujo, Beltrán e Vargas discordaram da decisão majoritária, enquanto os demais juízes, Cepeda, Córdoba, Escobar, Monroy, Montealegre e Tafur, argumentaram que havia falhas processuais óbvias e defenderam a liberdade dos eleitores, declarando nulos os

votos em branco e em bloco, e os parágrafos introdutórios das perguntas. Neste sentido, o Tribunal esclareceu que tem o poder de rever o questionário proposto, mas apenas para verificar o cumprimento dos princípios de justiça e clareza.

"O princípio da clareza significa que o referendo deve ser escrito de uma forma que seja compreensível e não confunda o eleitor. Lealdade significa que o cidadão deve votar livremente e não pode ser induzido a responder de uma certa forma."

Entretanto, de acordo com seu Presidente, o Tribunal apontou que estas são questões legais e como tal são difíceis mesmo para os advogados, e, portanto, sua complexidade técnica não é razão suficiente para declará-las inconstitucionais.

Em síntese geral da sentença e seus efeitos, destacam-se os mais relevantes:

"335- Devido à extensão e complexidade do assunto, o Tribunal procede a resumir suas conclusões e decisões. As principais conclusões deste julgamento a respeito da lei de convocação da iniciativa governamental são as seguintes:
[...]"

a. Sobre a natureza e o alcance da jurisdição do Tribunal

a.1 O controle exercido sobre a convocação de referendos constitucionais é reforçado, pois além do controle automático exercido pelo Tribunal sobre a lei referendaria, após sua aprovação, é viável uma ação pública de inconstitucionalidade, sem que isso signifique que o princípio do caso julgado possa ser desconsiderado.

a.2 As regras de referência para o controle constitucional da lei que exige um referendo não são apenas o Título XIII da Constituição, mas também as outras disposições da Carta, o Regulamento do Congresso (Lei 5 de 1992) e a Lei Estatutária sobre Mecanismos de Participação (LEMP ou Lei 134 de 1994), que são necessárias para determinar o alcance dos requisitos constitucionais para a aprovação da lei que exige um referendo. Dentro desse conjunto de regras, haverá alguns relevantes e outras não relevantes, dependendo da questão a ser analisada.

a.3 O Congresso deve aplicar o regulamento em sua totalidade ao aprovar uma lei referendária, mas este regulamento não pode ser interpretado isoladamente e exegeticamente, mas sim de acordo com os princípios e valores constitucionais que ele desenvolve.

a.4 Nem toda violação das disposições das regras de procedimento leva à inconstitucionalidade da lei do referendo. Somente as violações do Título XIII e da Carta, ou daquelas disposições do Regimento Interno do Congresso e do LEMP que desenvolvem estreita e diretamente os princípios e valores constitucionais, e em particular os "requisitos" estabelecidos pelo Título XIII da Carta, representam defeitos que podem levar à inconstitucionalidade da lei do referendo (C.P. Artigo 379).

a.5 O exame da Corte recai exclusivamente sobre os defeitos processuais na formação desta lei, o que significa que não cabe a esta Corte realizar uma revisão substantiva do conteúdo material destas formas. Mas isto não implica que o Tribunal deva examinar apenas as etapas da formação da lei. O controle do Tribunal estende-se ao estudo de possíveis defeitos de competência no exercício do poder de reforma, pois a competência é um pilar e um pressuposto básico tanto do procedimento quanto do conteúdo das disposições sujeitas ao controle do Tribunal. Isto levanta a necessidade de definir o alcance do poder de "reformular" a Constituição (Artigo 374 C.P.), um dos "requisitos" previstos no Título XIII da Carta.

a.6 O controle da Corte também se estende ao exame da apresentação do texto do projeto de reforma constitucional incorporado à lei, uma vez que, de acordo com o artigo 378 da Carta, esta Corporação deve examinar se a apresentação do texto submetido à aprovação do povo garante ou não a liberdade do eleitor.

b. Os limites do poder reformador

b.1 Embora a Constituição de 1991 não contenha nenhuma cláusula pedregosa ou inalterável, isso não significa que o poder de reforma não tenha limites, embora estes reconheçam um poder muito amplo para modificar a Constituição. O poder de reforma, sendo um poder constituído e regulamentado no Título XIII da Constituição, tem limites materiais, pois o poder de "reformular a Constituição" (Artigo 374 PC) não contém a possibilidade de revogá-la, subvertê-la ou substituí-la em sua totalidade.

b.2 A fim de determinar se o poder de reforma, inclusive no caso do referendo, foi deficiente em termos de competência, o juiz constitucional não realiza um controle substantivo semelhante ao realizado ao julgar a aplicabilidade de uma norma jurídica, limitando-se a analisar se a Carta foi ou não substituída por outra, para a qual é necessário levar em conta os

princípios contidos na Constituição, e aqueles que surgem do bloco constitucional. Por exemplo, o poder da reforma não poderia ser usado para substituir o Estado social e democrático republicano baseado no Estado de direito³³ por um Estado totalitário, uma ditadura ou uma monarquia, pois isso implicaria que a Constituição de 1991 tivesse sido substituída por outra, mesmo que formalmente o poder da reforma tivesse sido usado.

c. Sobre a lei do referendo e suas implicações para o controle constitucional e os procedimentos do Congresso

c.1 - A Constituição foi cuidadosa em sua regulamentação do referendo constitucional, pois procurou não apenas permitir a decisão direta dos cidadãos no espírito de aprofundar a democracia baseada na soberania popular, mas também evitar os riscos do "cesarismo plebiscitário", que estes mecanismos de participação podem implicar. A Carta busca assim uma articulação dinâmica entre a democracia representativa, a participação direta do povo e a garantia judicial da supremacia da Constituição e, portanto, o referendo para aprovar uma iniciativa governamental de reforma da Constituição não pode ser chamado diretamente pelo governo, pois não só exige que o projeto seja debatido e aprovado pelo Congresso, que é o órgão por excelência da representação política³⁴, mas também que esta Corte controle automaticamente a regularidade do procedimento para a formação desta lei³⁵.

c.2 A lei que exige um referendo constitucional iniciado pelo governo tem, portanto, características especiais, que foram definidas pela própria Constituição, por ser uma lei aprovada pelo Congresso, mas que visa reformar a Constituição por meio da participação direta do cidadão e, neste sentido, é um instrumento de democracia semi-direta a serviço da democracia participativa.

c.3 A lei do referendo é, portanto, uma lei que exige um referendo, que incorpora um projeto de reforma constitucional que pode ser aprovado pelos cidadãos e, neste sentido, a emissão da lei é uma das etapas da reforma constitucional. A lei de convocação não pode ser assimilada a um ato legislativo, nem perde sua natureza de lei porque faz parte de um processo destinado a reformar a Constituição.

³³ Art. 1, Constituição Política.

³⁴ Art. 133, Constituição Política.

³⁵ Art. 241, Constituição Política.

c.4 A natureza da lei mencionada como lei de convocação tem implicações para o controle exercido pela Corte, que deve ter como objetivo proteger a supremacia da Constituição³⁶ e a liberdade do eleitor³⁷, mas também favorecer e fortalecer o princípio democrático e a soberania popular³⁸, que se expressam através deste mecanismo de democracia semi-direta.

c.5 A natureza da lei do referendo como lei de convocação significa que seu processamento no Congresso pode ter certos requisitos particulares estabelecidos principalmente no Artigo 378 da Constituição e em outras disposições orgânicas ou estatutárias relevantes. No entanto, a lei mencionada é uma lei e, portanto, todas as regras e princípios que regem a formação de leis são aplicáveis a ela, e ela deve cumprir todas as etapas da formação de leis, a menos que a própria Constituição estabeleça expressamente requisitos particulares, ou sua natureza como lei de convocação implique inequivocamente que uma norma constitucional particular sobre a formação de leis não se aplique a ela, ou adquira características particulares nela.

c.6 Isto significa que os requisitos particulares dos atos legislativos contidos em uma regra diferente que regulamenta um mecanismo diferente de reforma constitucional³⁹ não se aplicam à lei do referendo.

c.7 A Constituição estabelece os seguintes requisitos particulares para a lei referendaria de origem governamental: (i) a reserva de iniciativa em favor do Governo, (ii) a aprovação por maioria absoluta dos membros de ambas as câmaras, (iii) a forma especial de formulação das questões para garantir a liberdade do eleitor e (iv) que os projetos de reforma constitucional que esta lei contém não reformam per se as disposições da Carta, pois ainda não foram aprovadas pelos cidadãos.

c.8 Além das particularidades acima mencionadas, a lei do referendo está sujeita aos procedimentos ordinários de qualquer projeto de lei e, portanto, é possível recorrer à mensagem de urgência e ao debate conjunto nas comissões permanentes de ambas as câmaras, pois isso é autorizado pela Constituição para todos os projetos de lei. Pelas mesmas razões, também é

³⁶ Art. 4, Constituição Política.

³⁷ Art. 378, Constituição Política.

³⁸ Arts. 1 e 3, Constituição Política.

³⁹ Art. 375, Constituição Política.

possível para o governo convocar sessões extraordinárias para debater e eventualmente aprovar uma lei referendaria.

c.9 A exigência de maioria qualificada não levanta grandes questões constitucionais, pois significa simplesmente que o Congresso deve aprovar o projeto de lei do referendo, não por maioria simples dos presentes, que é a regra geral de tomada de decisão nas empresas, mas por maioria absoluta dos membros de ambas as câmaras.

d. A proteção da liberdade do eleitor

d.1 A consagração explícita no artigo 378 da Constituição, que faz parte do Título XIII, deste mandato para proteger a liberdade do eleitor implica não apenas que uma violação desta garantia representa uma falha de inconstitucionalidade da lei do referendo. Além disso, a defesa desta garantia exige que os parâmetros de constitucionalidade para o exame do texto a ser submetido a referendo sejam as regras do Regimento Interno do Congresso e do LEMP que estreitam e desenvolvem diretamente esta garantia da liberdade do eleitor no referendo.

d.2 Um referendo também pode conter questões complexas, se o Congresso pretende aprovar uma regulamentação sistemática de um assunto; e em alguns casos, dado o propósito da reforma proposta, desagregar e subdividir o conteúdo de um projeto de reforma pode colocar em risco a unidade e a coerência da Carta e das reformas propostas.

d.3 Disposições compostas de vários elementos violam a liberdade do eleitor e desconsideram a exigência de clareza e lealdade quando incorporam elementos que são completamente estranhos ao assunto ou à instituição proposta, ou seja, regulamentos que não têm nenhuma conexão lógica ou sistemática com a reforma proposta. Somente o parágrafo transitório sobre o círculo eleitoral de paz dentro do ponto ou sobre a reforma do sistema eleitoral ordinário viola a liberdade do eleitor por este motivo.

e. A inconstitucionalidade das notas introdutórias dos projetos de reforma

e.1 - A incorporação no texto de um referendo de notas introdutórias (título e pergunta) ao artigo submetido à consideração do povo é inconstitucional; algumas dessas notas (i) são redigidas de forma a induzir uma resposta afirmativa no eleitor, ou (ii) dão informações incompletas sobre o significado do artigo a ser aprovado, (iii) ou a ligação entre o propósito

declarado na pergunta e o texto a ser aprovado não é realmente evidente. Estas deficiências decorrem de problemas estruturais mais profundos, que inviabilizam tais notas em um referendo. Estas dificuldades são basicamente (i) a impossibilidade de uma formulação totalmente imparcial ou objetiva da questão, de uma formulação totalmente imparcial ou objetiva de questões relacionadas a textos normativos, (ii) a inocuidade de uma nota introdutória que reflita verdadeiramente o conteúdo normativo integral do texto a ser aprovado, (iii) a possibilidade de desnaturalizar o mecanismo de participação através da incorporação de questões, e (iv) os problemas normativos subsequentes que a aceitação de tais títulos em um referendo acarretaria.

e.2 - Por todas as razões acima, as notas introdutórias (título e pergunta) dos números do artigo 1 da Lei 796 de 2003 foram declaradas inaplicáveis, exceto pela expressão “APROVAR O ARTIGO SEGUINTE” em cada uma delas, que é neutra e necessária para especificar a decisão a ser tomada pelo povo no referendo.

f. O voto em branco e a aprovação das reformas

f.1 A disposição de uma urna em branco é inconstitucional, pois ignora a regulamentação específica do artigo 378 da Carta, que prevê apenas votos afirmativos e negativos, pois estabelece que os cidadãos devem poder escolher livremente a favor e contra o que votam na ordem do dia ou artigos. O voto em branco também afeta a liberdade do eleitor quando se trata de um referendo multitemático convocado em um contexto legal que oferece incentivos materiais aos cidadãos que participam através do voto. A previsão de uma urna em branco será, portanto, declarada inconstitucional.

f.2 - Para cada uma das reformas propostas, as autoridades eleitorais, a fim de determinar se a reforma proposta foi ou não aprovada, devem verificar se ela obteve ou não (i) mais da metade dos votos, e (ii) se o número total de votos a favor ou contra a proposta excede ou não um quarto dos votos possíveis, de acordo com os cadernos eleitorais. Portanto, o fato de um cidadão ir às urnas em um referendo constitucional que consiste em várias perguntas não pode ser interpretado como se essa pessoa tivesse participado automaticamente de todas as perguntas, já que esta tese ignora sua liberdade como eleitor, Isto porque o impede de decidir quais artigos votará contra ou a favor e quais decidirá não participar, seja como escolha individual ou como

parte de um grupo de cidadãos que legitimamente clamam por abstenção, a fim de impedir que essa questão específica atinja o limite mínimo de participação e, portanto, não seja aprovada.

g. Outras proibições específicas na Carta e no LEMP

g1. A proibição do artigo 38 do LEMP, segundo o qual a votação de um referendo não pode coincidir com qualquer outro ato eleitoral, é um desenvolvimento direto e estreito do mandato constitucional do artigo 378, que determina a proteção da liberdade do eleitor. Sua violação implica, portanto, uma falha inconstitucional.

Assim, no julgamento de marco decisório, restou configurado que o poder constituinte derivado não possui poder de destruir a Constituição, ao passo que é o ato constituinte que estabelece a ordem jurídica e, por isso, qualquer poder de emenda constitucional reconhecido pelo poder constitucional está limitado a tão somente uma revisão. Isto porque o poder de emenda, que é um poder constituído, não tem, assim, direito à revogação ou substituição da Constituição da qual é derivada a sua jurisdição.

Em outras palavras, o poder estabelecido não pode assumir funções de poder constituinte e, portanto, não pode realizar uma substituição da Constituição não só porque estaria criando um poder constituinte original, mas também porque estaria minando os fundamentos de sua própria jurisdição.

1.5 Consagração da Teoria da Não Substituição da Constituição – teoria colombiana

A doutrina da substituição constitucional ou inconstitucionalidade por substituição que fora desenvolvido pelo Tribunal Constitucional a partir da Sentença C-551 de 2003 permite a revisão judicial das emendas que foram realizadas na Constituição Colombiana de 1991 com fundamentos substanciais.

Esta doutrina apresenta-se relevante para o direito comparado por representar o fundamento de um processo de revisão judicial de emendas constitucionais na ausência de cláusula expressa que confira essa competência ao Tribunal Constitucional.

A doutrina substitutiva, em resumo, proíbe os poderes de emenda construídos de alterar uma parte inerente a Constituição ou um conjunto de princípios abrangentes cuja sua violação

prejudicaria o projeto constitucional como um todo. Apesar de alguns perigos específicos que tal doutrina pode acarretar, a Corte desenvolveu argumentos sólidos para uso desse processo a fim de proteger a democracia constitucional contra uma explicação meramente majoritária de procedimentos democráticos.

Nesta linha, também se extrai dessa doutrina, a possibilidade do Tribunal Constitucional de rever o conteúdo de uma emenda constitucional e declará-la inconstitucional não só por irregularidades processuais em sentido estrito, mas também por irregularidades de competência quando tal poder altera determinada parte que fere princípios e valores derivados dos tratados internacionais que a Colômbia assinou, em especial, no que cerne à proteção dos direitos humanos, emanados do art. 93 da Constituição e à proteção do trabalho, sob a luz dos tratados da Organização Internacional do Trabalho OIT, vide art. 53.4 da Constituição, o que chamou de “o bloco constitucional”.

Mister salientar que a "doutrina da substituição constitucional" é uma criação eminentemente judicial, pois a Constituição de 1991 não contém cláusulas expressas que proíbam a emenda constitucional como as "Cláusulas de Eternidade" na Constituição Alemã de 1949 - Lei Fundamental no artigo 79.3 aqui tratada anteriormente, da Constituição Italiana de 1947 no artigo 139, a Constituição francesa de 1958 no artigo 89.5, a Constituição portuguesa de 1976 no artigo 290, e no contexto latino-americano, entre outros, a Constituição brasileira de 1988 no artigo 60, §4, a Constituição de El Salvador de 1982 no Artigo 248, a Constituição venezuelana de 1999 no artigo 342, e a Constituição equatoriana de 2008 no artigo 441, onde se encontram proibições específicas de alterar aspectos gerais relacionados ao conceito de Constituição, tais como os direitos fundamentais e os elementos normativos do direito, a alternância de poderes, os artigos sobre emenda constitucional e outros elementos particulares que se referem ao tipo de estado e política ou organização de cada estado, como o caráter federal do estado, o estado social de direito, o caráter republicano, a participação popular no governo local a proibição de reeleição presidencial.

II. LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

2.1 Controle de constitucionalidade concentrado e difuso: o abstrato e o poder dever

Para analisarmos da aplicabilidade da teoria colombiana da não substituição da Constituição que consiste na imputação de limites a quem detém o poder de alteração do texto constitucional, é necessário realizarmos um paralelo com os tipos de controle de constitucionalidade utilizado no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque é através deste que será possível traçar o caminho comparativo se há aplicabilidade da teoria ou não.

O controle de constitucionalidade das normas é um mecanismo de defesa da Constituição e ocorre quando um órgão competente verifica se determinada espécie normativa consta em consonância com a Constituição de modo que atesta a fundamentação e validade daquela norma. Ratificando, assim, que a Constituição não pode ser contrariada pela aquela norma inferior.

Neste sentido, ensina o Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes:

“Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

Nosso ordenamento possui um sistema de controle preventivo e um repressivo, onde o primeiro ocorre no processo de elaboração legislativo, por meio das comissões do Congresso Nacional e dos atos do Presidente da República em hipóteses de sanções e vetos da lei, a fim de afastamento da norma eventualmente inconstitucional do sistema jurídico. Em outras palavras, no modo preventivo a verificação é feita durante o processo legislativo de criação do ato normativo e antes da entrada do projeto de lei no ordenamento jurídico.

Neste diapasão, sobre a outra maneira de se realizar o controle de constitucionalidade, temos o controle repressivo que ocorre por meio de edição da lei que depois de promulgada, com ou sem a sanção, e publicada, pode, ainda, sofrer demanda constitucional, ou seja, o repressivo ocorre quando a lei já fora promulgada, bem seja, após o término de seu processo legislativo quando a mesma encontra-se dentro do sistema legal. Neste controle, temos os critérios difuso e concentrado.

Adentrando nos métodos em que o judiciário aplicará seu controle de constitucionalidade repressivo, este pode ser dividido no sistema de controle difuso, incidental, concreto – aberto –

ou de via de exceção. Noutro lado, o controle pode ser concentrado, abstrato – reservado – ou de via de ação. Cabe ressaltar que o controle difuso é também conhecido como incidental, concreto, por via de exceção e aberto, enquanto o controle concentrado também é conhecido como abstrato, reservado e de via de ação.

O controle difuso ou concreto é exercido por qualquer juiz ou tribunal e todas as esferas normativas, sejam leis, atos normativos federais, estaduais, distritais ou municipais, estão sujeitas a este controle desde que observando o véu da competência do órgão jurisdicional. Assim, todo e qualquer juiz possui o condão de realizar sob o caso concreto uma análise a respeito da compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição da República.

A via de exceção, é aplicada quando o interessado possui uma condição especial que o isenta no caso concreto de cumprimento da lei ou ato normativo. Nesse caso, tem-se a pronúncia do judiciário sobre a inconstitucionalidade da força obrigatória da norma tão somente sobre este indivíduo. Destaca-se que nessa oportunidade a pronúncia não é feita de modo a se manifestar sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre uma questão prévia que é indispensável para o julgamento do mérito.

A ação de controle difuso utiliza a questão incidental dentro do processo. De forma precisa, Cruz (2004, p. 344) esclarece a dinâmica do controle incidental ao apresentar da seguinte maneira:

“O método incidental significa dizer que o controle não irá, na verdade, declarar a inconstitucionalidade de norma, e sim decretar a validade ou não de supostas ameaças ou violações a direitos subjetivos. O argumento da inconstitucionalidade pode ser a única fundamentação jurídica do pedido ou pode ser apenas mais uma delas. É, pois, juízo de pré-cognição do judiciário para a definição do pedido, ou seja, prejudicial de inconstitucionalidade. Em outras palavras, o juiz não abordará diretamente a questão da constitucionalidade, mas sim de forma indireta, como mecanismo de fundamentação de sua decisão judicial.”

Desse modo, o controle difuso possui por característica principal o fato de ser exercido exclusivamente frente a um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário sendo a declaração de inconstitucionalidade indispensável para a resolução do caso concreto, mas não o objeto principal da ação.

Nesse sentido, o interessado alegará a inconstitucionalidade da lei e o juiz, caso a reconheça, afastará a incidência da norma para o caso concreto. A repercussão é

necessariamente *inter partes* pois a norma reconhecida como inconstitucional seguirá em vigência com exceção para o caso em tela.

É possível que no processo em que foi arguida a inconstitucionalidade da norma, utilizando-se de recursos como o extraordinário, a lide alcance o Supremo Tribunal Federal. Nesta hipótese, se o STF vier a declarar sua inconstitucionalidade em decisão definitiva, essa deliberação será comunicada ao Senado Federal para que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenda sua execução.

Mister ressaltar que a partir da suspensão de execução dada pelo Senado Federal, a norma que antes fora declarada inconstitucional no método difuso, passa a não ter mais eficácia. Isto é, a sentença que possuía incidência *inter partes* passa a ter *erga omnes*, sendo sua suspensão procedida pelo Senado Federal, incidência consta a partir da data deste ato – efeito *ex nunc*.

Em contrapartida, temos o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade que visa obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo para invalidar a norma, pretendendo garantir a segurança das relações jurídicas que devem ser baseadas em normas constitucionais. Sendo assim, a declaração de inconstitucionalidade, diferente do controle difuso por via de exceção, é o objeto principal da ação.

Verifica-se uma forte tendência ao modelo concentrado de constitucionalidade desde a Carta de 1988. Neste sentido, Cruz (2004, p. 353) ressalta as inovações trazidas pela legislação infraconstitucional, dizendo que:

“Hoje, alguns passos a mais foram dados, seja a partir da regulamentação dos processos da ADIn e da ADC, até então regrados por normas processuais do regimento interno do Supremo, recepcionados pela Carta com natureza material de lei ordinária, seja a partir da regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).”

Neste mesmo sentido se posiciona o Min. Mendes (2004, p. 267) onde afirmar que a solução para jurisdição brasileira se dará por intermédio da via concentrada, *in verbis*:

“Vê-se, pois, que tanto os elementos que estão na Lei n. 9.868, quanto os da Lei n. 9.882 poderão ser vivamente aplicados, desse que nós tenhamos atingido esse processo de racionalização, hoje impossível como sistema difuso de constitucionalidade, tal como praticado no Brasil.”

O efetivo controle concentrado é constituído pela Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN, sendo por meio dele que é proposta a ação perante o Supremo Tribunal Federal, onde o objeto é a declaração de inconstitucionalidade da lei, ato normativo federal ou estadual.

O artigo 102 da Constituição atribui ao Supremo Tribunal Federal o dever de guardar a Constituição. Assim, dentre outras competências, lhes é cabido processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei, ato normativo federal, estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

No ordenamento jurídico brasileiro, temos cinco espécies de controle concentrado de constitucionalidade, sendo elas: (i) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, (ii) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, (iii) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, (iv) Ação Declaratória de Constitucionalidade e a (v) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Assim, temos que a inconstitucionalidade pode ocorrer oriunda de ação frente a atos do poder público ou leis que encontram-se em opostas à Constituição. Essa inconstitucionalidade por ação pode ser classificada como material, quando o conteúdo do ato normativo está contrário à Carta ou formal quando ele deixa de observar a competência legislativa do processo legislativo. Neste sentido, dar-se-á a inconstitucionalidade por omissão quando temos a inércia do legislativo que deveria regulamentar normas constitucionais de eficácia limitada.

Por fim, importa salientar que não se confunde declaração de inconstitucionalidade, incorrida frente lei ou ato normativo que foram elaborados após a Carta Magna de 1988 com a constatação de não-recepção da norma em casos de leis e atos normativos anteriores a Constituição, haja vista impossibilidade do fenômeno da inconstitucionalidade superveniente. Cabe ressaltar que em se tratando da inconstitucionalidade superveniente, esta ocorre, quando uma reforma constitucional insere no Direito Positivo, preceitos incompatíveis com norma contida em lei federal já existente. Nesta oportunidade, a lei antiga é derogada.

2.2 Propositura de ações de inconstitucionalidade e suas consequências

Para fins de controle concentrado, a ação direta de inconstitucionalidade – ADIN, deve ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal e seu objeto sempre será a declaração de

inconstitucionalidade da lei, ato normativo federal ou estadual. Para isso, a Constituição legitimava exclusivamente o Procurador Geral da República, mediante representação, mas como o Presidente possuía o condão de nomear e demitir a qualquer instante o Procurador, no fim, quem detinha a competência para interpor o processo de controle era o Poder Executivo.

Como assinala Jorge Miranda, citado por Gilmar Ferreira Mendes⁴⁰:

“Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido. Não se cuida, porém, de uma relação lógica ou intelectual, adverte o mestre português, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo.”

Neste sentido, após o sistema democrático ter sido reestabelecido, a legitimação consta distribuída por diversos órgãos, sendo legitimados o Presidente da República, o Governador de Estado – Poder Executivo, as mesas do Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa – Poder Legislativo, o Procurador Geral da República – Ministério Público, Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional – a sociedade civil, por meio de seus órgãos representativos.

Após decisão de inconstitucionalidade da lei, ato normativo federal ou estadual pelo STF, a decisão *erga omnes* alcança a todos sendo, assim, retirada do sistema jurídico como se nunca houvesse existido. Este processo de julgamento consta positivado na Lei 9.868/1999.

Cabe ressaltar que os efeitos da decisão podem ou não ser retroativos, *ex tunc*, haja vista questões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Nestes casos, é facultado ao Supremo Tribunal Federal desde que por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou limitar sua eficácia para ser aplicada a partir do trânsito em julgado ou de momento diverso a ser fixado – procedimento este chamado de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Sobre este tema em particular, arrematava o jurista Zeno Veloso:

"O que o artigo 177, primeira parte, enuncia é que o negócio anulável ingressa no mundo jurídico produzindo os respectivos efeitos e depende de uma ação judicial, da

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 1155.

sentença, para ser decretada a sua anulação. Os efeitos do negócio anulável são precários, provisórios. Advindo a sentença anulatória, os efeitos que vinham produzindo o negócio inquinado são desfeitos. Nada resta, nada sobra, nada fica, pois a desconstituição é retroativa, vai à base, ao começo, ao nascimento do negócio defeituoso e carente, o que, enfática e inequivocamente, afirma o artigo 182, como já dizia, no Código velho, no artigo 158. Quanto a isso não há mudança alguma, em nosso entendimento. O artigo 177, primeira parte, deve ser visto e recebido diante do sistema e interpretado conjuntamente com o artigo 182, que transcrevemos acima"⁴¹

São passíveis de controle de constitucionalidade as emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções, tratados internacionais e demais atos normativos quando genéricos e abstratos. Este procedimento não se aplica à sumula vinculante pois esta possui um procedimento próprio de revisão, por isso, não é utilizado a técnica deste controle contra ela.

Introduzida pela Emenda Constitucional número 3 de 1993, a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON ou ADC – é um mecanismo que provoca a intervenção do STF quando uma norma federal estiver sendo questionada no que tange a sua constitucionalidade em diversos órgãos do Poder Judiciário.

Sob este prisma, qualquer dos órgãos emanados do artigo 103, CF, são habilitados para propor a ação. Ocorrendo o indeferimento do pedido pelo STF para declarar a norma constitucional, fica vetado aos órgãos do Poder Judiciário o acolhimento de ações no sentido da inconstitucionalidade. Caso o STF declare inconstitucional, o julgamento produzirá o mesmo efeito da ADIN.

Tem-se que toda lei goza da presunção de constitucionalidade, não precisando que isto seja expressamente declarado. Assim, a ação declaratória de constitucionalidade citada no parágrafo anterior somente tem pertinência se a norma legal estiver sendo questionada. Corroborando com isto, a Lei nº 9.868/99 traz que o requerente deve indicar qual a controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do dispositivo, não configurando para esse atendimento a ocorrência esporádica de questionamentos sobre a referida lei.

Sendo cabível pedido de cautelar, pode o STF, por decisão de maioria absoluta, deferir o pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade para que os tribunais e

⁴¹ VELOSO, Zeno. Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª Edição, 2005. p. 331-332.

juízes determinem a suspensão dos processos que tratem da aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até que se tenha o julgamento definitivo. Em caso de concessão da medida cautelar, o STF publicará em até dez dias, na seção especial no Diário Oficial da União o dispositivo da decisão e em até cento e oitenta dias o Tribunal realizará o julgamento da ação sob pena de perda da sua eficácia.

No que tange a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN – com competência originária pertencente ao STF e procedimento também previsto na Lei nº 9.868/99, esta encontra previsão no artigo 102, I, alínea a da Constituição e visa a declaração de inconstitucionalidade da lei, ato normativo federal ou estadual frente a própria Constituição.

Cabe destacar que se arguição versar sobre lei estadual e municipal contra a Constituição Estadual, sua competência originária será o Tribunal de Justiça do Estado em que se postula, vide artigo 125, §2º, CF.

Neste procedimento, é admitido pedido de medida cautelar que, exceto no período de recesso, é concedida por decisão por maioria absoluta dos membros do Tribunal que, passado a audiência dos órgãos e autoridades responsáveis pela emanção da lei ou ato normativo impugnado, deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

Se julgar necessário, é facultado ao relator ouvir o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República dentro do prazo de três dias. Na sessão de julgamento do pedido para medida cautelar, deve ser facultada a sustentação oral para os representantes judiciais do demandante da ação e das autoridades e órgãos responsáveis pela expedição do ato, observando a forma estabelecida no regimento do referido Tribunal.

Em hipótese de urgência, é facultado ao Tribunal deferir medida cautelar sem audiência dos órgãos ou autoridades que emanaram a lei ou ato normativo impugnado. Se concedida a medida cautelar, o STF publicará em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário de Justiça da União o dispositivo da decisão dentro de dez dias e solicitará informações a autoridade que tiver emanado o ato.

Neste contexto, a medida cautelar terá eficácia contra todos e será concedida com efeitos *ex nunc*, a não ser que o Tribunal entenda que deve conceder eficácia de modo retroativo. Outro

efeito é a aplicação da legislação anterior, caso esta exista e ressalvado, ainda, manifestação no sentido de vedar essa aplicação.

Em caso de relevância de matéria para ordem social e segurança jurídica, após a prestações de informações que deve ocorrer dentro de dez dias e as manifestações do PGR e do AGU em cinco dias, pode o relator submeter diretamente o processo ao Tribunal e este possuirá a faculdade de julgar de modo definitivo a ação.

Prevista no artigo 103, §2º, CF, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão⁴² objetiva remediar a omissão dos poderes constituídos que não elaboraram normas para regulamentar a hipótese de exercício do direito em discussão que consta positivado na Constituição. De acordo com o parágrafo segundo, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Vejamos:

Constituição Federal

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Se a norma for legislativa, será enviado um comunicado da mora para que o Congresso Nacional elabore norma complementadora que se faz necessária para o exercício do direito prevista, mas que não pode ser aplicado por falta de previsão legal da Constituição. Neste sentido, ressalta-se que para o processo de elaboração da norma complementadora não há prazo estipulado. Caso a omissão for administrativa, o órgão competente também receberá ciência para providenciar sua edição e complementação.

Mister sobrelevar que a omissão pode ser parcial ou total. A primeira quando a norma apenas dispor de modo a possibilitar parte do direito previsto na Carta e a total quando incorrer em ausência de norma regulamentadora. E, ainda, que esta decisão tão somente possuirá caráter mandamental na hipótese de omissão meramente administrativa, oportunidade em que o órgão

⁴² Regulamentada pela Lei 12.063/09 que editou a Lei 9.868/1999 para acrescentar o capítulo II-A.

será obrigado a realizar a edição em até trinta dias, conforme art. 103, 2º, CF, sob pena de responder por prática de crime de desobediência.

Uma espécie rara é a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva. Esta que é pressuposto antecedente para que seja decretada intervenção estadual ou federal pelos Chefes do Executivo frente a inobservância de princípios essenciais que são estabelecidos pelas Constituições estaduais ou federal. Essa modalidade vislumbra salvaguardar princípios sensíveis como o sistema representativo, regime democrático, forma republicana, direitos da pessoa, a autonomia municipal, prestação de contas da administração pública, direta ou indireta, aplicação do mínimo obrigatório de receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento no ensino e na saúde.

Para a interventiva federal, a legitimidade ativa para propor pertence ao PGR e ao STF para julgá-la. O objeto de sua ação é o ato normativo estadual, distrital ou a lei que desrespeita os princípios estabelecidos na Constituição.

No que cerne a interventiva estadual, esta é impetrada quando a lei municipal desrespeitar os princípios da CF e, com isso, o Estado precisa intervir sendo essa ação um pressuposto para esta intervenção. A competência para seu julgamento pertence ao Tribunal de Justiça do Estado pois é ele quem teve os princípios da Constituição desrespeitados e a propositura da ação deve ser realizada pelo Procurador Geral de Justiça, conforme art. 129, IV, CF.

E, por fim, a Arguição de descumprimento de preceito fundamental que possui previsão no art. 102, §1º, CF e de competência do STF para apreciá-la e julgá-la. Tal ação é necessariamente subsidiária, não podendo ser admitida em hipótese que ocorra outro meio válido para sanar a lesividade apontada, vide art. 4º, 1º da Lei nº 9.882/99. Desse modo, só será cabível quando não for aplicável ADIN, ADECON, mandado de segurança, ação popular, recurso extraordinário dentre outros.

Para propor a arguição, é atribuída legitimidade ativa aqueles elencados no art. 103, CF, ficando facultativo aos demais interessados a solicitação de propositura mediante representação do PGR podendo ser proposta a fim de reparar ou evitar lesão a um preceito fundamental frente a um ato ou uma omissão do poder público ou quando for importante ressaltar o fundamento da

controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo municipal, estadual ou federal anteriores à Carta Magna.

2.3 Doutrina – Sistema de freios e contrapesos

O sistema de freios e contrapesos, também conhecido como *checks and balance*, pode ser definido como o controle do poder pelo próprio poder, tendo, cada categoria de entidade do Poder exercido pelo sistema jurídico, autonomia para desenvolver sua função, mas estando limitado pelo controle exercido pelos outros Poderes. Em outras palavras, cada poder possui liberdade para exercer sua função, no entanto, esse exercício possui o fator limitador que é o controle exercido pelos outros poderes.

Trata-se de um sistema que objetiva afastar abusos no exercício de qualquer Poder da tripartição de poderes adotado pela Constituição brasileira. Assim, embora cada poder tenha independência e autonomia em sua atuação, devem exercitar suas atividades em harmonia com os demais, observando sua função frente a um propósito social de modo que sua separação (executivo, legislativo e judiciário) configura, no Brasil, o fundamento do Estado Constitucional Democrático de Direito. É nesse sistema de freios e contrapesos que encontra-se o principal elemento caracterizador do princípio da separação de poderes no direito contemporâneo.

Neste contexto histórico, Paul Fuhrmann dissertou acerca da tripartição dos poderes:

“Mornay percebeu que, se o poder legislativo é o mesmo que o executivo, não há limites para o poder executivo. A única salvaguarda da liberdade e da segurança das pessoas é encontrada na separação dos poderes políticos. Com imponente seriedade, Mornay e os monarcômacos estabeleceram os quatro grandes princípios - soberania da nação, contrato político, governo representativo e separação de poderes - que realmente compõem todas as constituições modernas. (1965, p.64)”

Insta salientar que a democracia moderna possui como componentes a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário e o poder constituinte, cujo titular é o povo. Neste cenário, é justamente a soberania popular o elo que une e integra esses dois componentes. Para a doutrina, o Estado é criado e sujeito à vontade das pessoas que são fonte de todo e qualquer poder político de modo que sua constituição nada mais é do que a transformação do poder inicial e único (povo) em um poder derivado, repartido e titulado. Com isso, a separação dos

três poderes extrai do poder constituinte a titularidade legítima e concreta do poder e estabelece padrões para seu exercício legítimo.

Insta sobrelevar que nesse sentido, Nicolau Maquiavel observava na separação dos poderes o benefício do príncipe, sua principal obra, pois sem ter que decidir conflitos ou editar leis, o rei estaria fazendo uma espécie de autopromoção, inclusive, poupando sua própria imagem.

“É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.” (DALLARI, 2012, p. 216)

Sua origem vem do princípio dos poderes harmônicos e independentes por meio do qual os atos emanados do Poder Legislativo ao emitir regras gerais e abstratas limitam a ação do Poder Executivo que tão somente pode agir mediante atos especiais que devem decorrer da norma geral. Além disso, para impedir que qualquer dos poderes exceda o limite e sua competência, tem-se a ação do controle de constitucionalidade das leis, da decisão de conflitos entre eles, possuindo, ainda, a função garantidora dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito pelo Poder Judiciário, ganhando, assim, força a ideia de controle e vigilância recíprocos de um poder sobre o outro relativamente ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um.

Dessa forma, a separação de poderes, a checagem e o sistema de equilíbrio do sistema tornam possíveis o Estado Democrático de Direito ao passo em que este limita o poder enquanto garante a ampla liberdade política dos indivíduos, bem como os direitos das minorias. Assim, previne abusos governamentais pois submete governantes e os governados as regras e procedimentos legais onde ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de determinação legal prévia.

Nesta perspectiva, importa destacar o conceito de controle que consiste no exercício como um resultado de funções específicas que possuem como propósito conter o poder do Estado para que permaneça dentro do quadro constitucional que lhe for condicionado. Sob este prisma, Diogo de Figueiredo Moreira Neto classifica controle da seguinte maneira:

“Sob o critério objetivo as funções de controle podem ser agrupadas em quatro modalidades básicas: 1 – controle de cooperação; 2 – controle de consentimento; 3 – controle de fiscalização e 4 – controle de correção. (destacamos) De acordo com esta classificação: 1 – controle de cooperação: O controle de cooperação é o que se perfaz pela coparticipação obrigatória de um Poder no exercício de função de outro. Pela cooperação, o Poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo específico, no desempenho de uma função típica do Poder interferido, tanto com a finalidade de assegurar-lhe a legalidade quanto à legitimidade do resultado por ambos visado. 2 – Controle de consentimento: O controle de consentimento é o que se realiza pelo desempenho de funções atributivas de eficácia ou de exequibilidade a atos de outro Poder. Pelo consentimento, o Poder interferente, o que executa essa função que lhe é atípica, satisfaz a uma condição constitucional de eficácia ou de exequibilidade de ato do Poder interferido, aquiescendo ou não, no todo ou em parte, conforme o caso, com aquele ato, submetendo-o a um crivo de legitimidade e de legalidade. 3 – Controle de fiscalização: O controle de fiscalização é o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância dos atos de um Poder por outro. Pela fiscalização, o Poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do Poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação. 4 – Controle de correção: O controle de correção é o que se exerce pelo desempenho de funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro. Pela correção, realiza-se a mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade.”

Em termos práticos, o controle do Poder Executivo exercido em relação ao Poder Legislativo ocorre por meio da possibilidade de veto que o executivo possui em relação a elaboração legislativa, vide disposição dos artigos 66, § 1º c/c 84, III, IV e XV da Constituição Federal. Noutro lado, o Poder Executivo exerce também poder de controle em relação ao Poder Judiciário onde a possibilidade de veto alcança lei orçamentária esbarrando, entretanto, na autonomia administrativa e financeira estabelecida pela Constituição em seu art. 99.

Nesta seara, outro mecanismo de controle pode ser exercido pelo Presidente – principal representante do poder executivo – que, no uso de suas atribuições conforme art. 103, § 4º da Constituição, possui o condão de propor ação declaratória de constitucionalidade em face de controvérsia judicial que possua relevância singular sobre aplicação de norma, vide art. 14, III, da Lei n. 9.868/99, em especial frente a efeito vinculante da declaração de constitucionalidade sobre os demais órgãos do Poder Judiciário, conforme previsto no art. 102, § 2º da Constituição.

No que cerne ao controle do Poder Judiciário em relação ao Legislativo, temos o controle de constitucionalidade das leis elaboradas pelo Legislativo. Tal ato é desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal que é o guardião da Constituição e exerce o controle de correção

possuindo o condão inclusive de suspender a execução de lei inconstitucional através do controle concentrado – ADIN, ADECON, ADPF e ADIN por omissão. É possível, ainda, que o Poder Judiciário, por meio de ato de controle de cooperação, provoque a deflagração do processo legislativo, conforme artigos 93 e 96, II da Constituição.

Nesta linha, o Poder Judiciário pode exercer controle de correção em relação ao Poder Executivo, conforme art. 103, § 2º da Constituição que estabelece que esse poder possui poder de verificação e correção da aplicação da ADIN por omissão, dos órgãos administrativos que devem adotar suas providências em trinta dias sob pena de responsabilidade. Insta salientar que cabe ao poder executivo o exercício da função típica administrativa. Além disso, junto com o Poder Legislativo, cabe à ele o processar julgar o presidente e vice-presidente conforme art. 52 da Constituição.

Ressalta-se que, para John Locke, o Poder Legislativo é considerado como supremo:

“Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados” (LOCKE, 1994, p.76)

Assim, Locke menciona um Poder que emanaria do povo caso o Poder Legislativo se demonstrasse insuficiente: “Se o poder legislativo não respeitar os limites da duração ou se aqueles que o exercem perderem a autoridade pelas faltas que cometerem, o poder legislativo volta a reverter para o povo.” (2003, p. 76)

Por fim, o controle do Poder Legislativo exercido em relação ao Executivo fica por conta da dupla missão do parlamento de legislar e fiscalizar. No que tange a esse poder exercendo controle sobre o Poder Judiciário, um exemplo prático é o controle de fiscalização exercido por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito, como ocorreu no caso da ação do Poder Legislativo Federal na CPI do Judiciário.

2.4 Tramites práticos das emendas constitucionais no Brasil

Sendo as emendas constitucionais o único caminho para a modificação da Constituição brasileira, importa trazer à tona como ocorre o tramite dessa mudança, bem como suas etapas e requisitos para que seja efetuada a atualização da Carta.

Nesse contexto de âmbito nacional, para que se proceda alterações no texto da Carta Magna, é necessário prosseguir o rito do Processo Legislativo Constitucional. O Poder Legislativo Federal é formado por duas Casas Legislativas compostas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal que, juntos, formam o Congresso Nacional. Tais órgãos possuem a responsabilidade de elaboração de leis que regulamentam como os cidadãos brasileiros vivem em sociedade.

Neste contexto, importa trazer que a sistemática do processo legislativo emana da própria Constituição Federal/88 e dos regimentos internos das Casas Legislativas que dispõem de normas para a produção de atos normativos primários. Com isso, o que comumente é indicado como lei, é, em verdade, Lei Ordinária, que é uma espécie de ato normativo primário. Além desta, existem outros seis tipos de atos normativos primários que são as Leis Complementares, as Medidas Provisórias, as Leis Delegadas, as Emendas Constitucionais, os Decretos Legislativos e as Resoluções.

Os atos normativos primários originam direitos, obrigações e é a partir do texto constitucional que se extrair-se-á seu fundamento de validade. No sentido oposto, temos os atos normativos secundários que não originam direito novo, pois encontram-se submetidos ao ato normativo primário e à Constituição Federal carregando a função de realizar o detalhamento do ato normativo como, por exemplo, especificando como será a execução de determinada Lei. Decorre, assim, de atividade do poder Executivo e não do Legislativo.

Neste diapasão, a Emenda Constitucional consiste em um procedimento legislativo especial por meio do qual realiza-se a reforma do texto da Constituição, salvo se o estado brasileiro se encontrar em estado de sítio, defesa e intervenção federal. Hipóteses em que não é possível realizar emendas.

Mister salientar que, a fim de manter os pilares estruturais da Lei Maior, as matérias disciplinadas nas chamadas cláusulas pétreas não podem ser objeto de alteração. Tal proteção

integral veda inclusive a possibilidade de propositura de Emenda Constitucional com tema que possua natureza nesse assunto. Além disso, temos também as limitações implícitas que esbarrariam na lógica sistêmica da Constituição como por exemplo a titularidade do poder constituinte originário, derivado e o procedimento de reforma constitucional.

Neste cenário, são legitimados para propor as emendas constitucionais o Presidente da República, Supremo Tribunal Federal, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou Senado Federal e mais da metade por maioria absoluta das Assembleias Legislativas das unidades federativas. Seu quórum de deliberação em cada Casa Legislativa deve ocorrer em dois turnos com um intervalo de pelo menos cinco sessões entre cada votação na Câmara, totalizando quatro vezes no total, e considera-se aprovada se obter três quintos dos votos dos respectivos membros. Não cabendo, assim, possibilidade de iniciativa popular para emenda.

Mister destacar que não temos em nossa Constituição a previsão de qual casa deve ser iniciado o processo para fins de apresentação de uma PEC, assim, a tramitação da proposta pode ocorrer em qualquer uma tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal. Isso acontece pois não há casa revisora, a segunda casa por qual a PEC passa não realiza a revisão do texto, mas o aprecia como novo e possui a atribuição de alterá-lo livremente.

Em casos em que houver profundas alterações no instante em que o texto passar pela Segunda Casa, este retorna à primeira para que esta realize sua apreciação de modo integral, podendo, inclusive, modificá-lo, assim, todo o processo é repetido na outra Casa Legislativa. A proposta segue esse processo tramitando de uma Casa à outra até que o mesmo texto seja aprovado pelas duas.

O Processo de Emenda Constitucional difere do Procedimento Comum que constitui um Projeto de Lei pois quando ele sofre emendas parlamentares na Casa Revisora – o que não é aplicável para PEC – é retornado para a Casa Iniciadora tão somente as Emendas e não seu texto completo. Ao chegar na Casa Iniciadora, esta decide pela manutenção ou não das emendas e, após, não temos nova apreciação pela Casa Revisora.

Quando apresentada na Câmara dos Deputados, a Proposta é submetida a apreciação de duas comissões, sendo elas a Comissão de Constituição de Justiça (CCJ) que por sua natureza

permanente é encarregada de avaliar os aspectos de admissibilidade da PEC e a Comissão Especial que analisa os aspectos materiais.

A PEC não é submetida a sanção ou veto do Chefe do Poder Executivo, diferente do que ocorre no Procedimento Legislativo Comum. Desse modo, o Presidente não possui poder de interferir no seu processo de criação, no entanto, possui competência para iniciá-lo. Este fato ocorre porque a modificação da Constituição representa o exercício do poder constituinte reformador que é essencialmente pertencente ao Congresso Nacional como uma última manifestação da vontade do povo.

Importa destacar que uma vez que a EC é rejeitada ou prejudicada pelo Senado ou Câmara, ela é arquivada e sua matéria fica impossibilitada de ser discutida em nova Emenda Constitucional na mesma sessão legislativa que dura de dois de fevereiro até vinte e dois de dezembro. Tal limitação é um princípio absoluto e sob hipótese nenhuma poderá ser admitido Emendas Constitucionais editadas e reapresentadas na mesma sessão legislativa que tiveram sua matéria rejeitada. Por fim, importa sobrelevar que este procedimento deve ser observado pelos Estados-membros para reforma de suas Constituições Estaduais.

2.5 O conceito de cláusula pétrea

A nomenclatura “cláusula pétrea” é uma analogia adjetiva para aquilo caracterizar que é imutável e perpétuo como a pedra. A palavra cláusula refere-se a um artigo de uma lei ou parte de um texto jurídico em que se extrai direitos ou obrigações.

Se observarmos a definição do site da Agência Senado, este dispõe:

“Dispositivo constitucional que não pode ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.”

Neste sentido, a cláusula pétrea é um dispositivo do texto constitucional que fora estabelecido como regra, não podendo sofrer alteração, sendo, portanto, um dispositivo constitucional imutável.

Sua função é impedir que ocorram alterações nos direitos fundamentais indivíduos de modo a garantir a soberania da nação, bem como a manutenção do regime democrático de direito. Desse modo, para ocorrer uma alteração nas cláusulas pétreas somente seria possível caso uma nova Constituição Federal for proposta.

Insta sobrelevar que a doutrina da cláusula pétrea possui origem nos Estados Unidos da América e afirmava que não se podia a Constituição ser reformada para fins de retirada da autonomia das provinciais dos estados.

Assim, são cláusulas pétreas da Constituição de 1988 os itens de constantes nos incisos de I a IV, do parágrafo 4º, do artigo 60. Adicionalmente, há também outros artigos que podem ser interpretados como cláusulas pétreas apesar de não estarem assim descritos como à título exemplificativo, o direito a vida constante no art. 5º, haja vista ser um direito individual e, portanto, dialogando com o inciso IV do artigo 60 que versa sobre direitos e garantias individuais.

2.6 O conceito de reforma constitucional

Trata-se da modificação no texto por meio das emendas constitucionais de modo a alterar, suprimir ou acrescentar artigos à redação do texto original do ponto de vista formal.

Neste sentido, salienta Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1993, p.13), amparado em Raul Machado Horta, que:

“a mudança de uma Constituição, seja ela rígida ou flexível, é inevitável. Se ela não se adapta às alterações que permanentemente se processam nas relações dinâmicas da sociedade, ela perde sua efetividade, seja pela ruptura revolucionária, seja pela caducidade [...]”

Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 6) afirma que todo processo formal de mudança constitucional é instituído pela própria Lei Maior, revestindo-se “de forma, requisitos e limites próprios, expressos, previstos no texto da Lei Fundamental”. Desse modo, as reformas constitucionais podem ser conceituadas como alterações formais e garantidoras de estabilidade e rigidez da Lei Maior exatamente por consistirem em alterações reguladas dentro do texto constitucional, abrangendo, para fins de ordenamento jurídico brasileiro, a revisão e a emenda.

Insta ressaltar que esta Ferraz também ensina que a par destas alterações formais há outro tipo de modificação que as Constituições podem sofrer, bem seja, as alterações informais que também são chamadas de mutações constitucionais (Ferraz, 1986, p. 9). Estas são praticamente imperceptíveis num primeiro momento, porque não alteram a letra ou o texto expresso das disposições constitucionais, mas o significado do seu sentido e alcance.

A reforma constitucional é o processo e o resultado das mudanças introduzidas formalmente no texto original da Constituição e exatamente por isso somente possui importância para as Constituições escritas, pois estas alterações formais estão autorizadas pelo próprio texto constitucional original.

Neste diapasão, Gisela Maria Bester (2005, p. 228) explica que “reformular uma Constituição é alterar seu texto vigente, suprimindo ou acrescentando matéria ao texto original, com o intuito principal de atualizá-la e, em muitos casos, aprimorá-la, já que, sob o ângulo sociológico-jurídico, é imprevisível se pretender que uma lei, pelo fato de ser a viga-mestra do ordenamento jurídico estatal, consiga vencer o tempo e os novos valores políticos e sócio-filosóficos, sem a eles se render”.

Oscar Vilhena Vieira, em seu artigo intitulado “A constituição como reserva de justiça” ensina:

“Os tribunais são efetivamente anti-majoritários em relação ao legislador, mas a autoridade superior do povo, cristalizada na Constituição, autoriza essa intervenção. Ao aceitar a visão dualista da política, Rawls não coloca a Corte como sendo a guardiã última da Constituição. O seu papel de intérprete definitiva da Constituição limita-se à ação do Legislativo, pois no governo constitucional não é o Legislativo, o Executivo

e muito menos o Judiciário que devem dar a última palavra, pois essa pertence ao povo. Quando este se manifesta, através de sua razão pública, não há limites que possam ser aplicados pela Constituição. Rawls admite que, sob a perspectiva da teoria moral, essa concepção de Constituição possa ser inferior às constituições que impossibilitam a mudança de certas disposições e princípios essenciais, mesmo que isto seja realizado pelo próprio povo. Destaca, porém, que se emendas à Constituição, promulgadas em conformidade com os procedimentos constitucionais que autorizam a reforma da Constituição, violarem preceitos essenciais como o da igualdade ou liberdade de expressão, o que se tem não é uma emenda, mas uma ruptura constitucional, podendo então ser inadmitida pela Suprema Corte.”

Dessa forma, reformar a Constituição é dar espaço para sua adaptação frente a novas realidades com que se encontra seu texto legal sua vigência. Por esta razão é que a reforma evita a elaboração de uma nova Constituição. Dessa forma, é levada a efeito para manter a Constituição atualizada segundo novos parâmetros sociais e políticos que diferenciam da versão inicialmente elaborada, mas sob nenhuma hipótese com a intenção de substituí-la por outra.

A reforma, para Pinto Ferreira (1956, p. 102) “é o caso genérico, de que são subtipos a emenda e a revisão”, neste mesmo sentido no que tange ao conceito, concordam também Moreira Neto (1993, p. 14) e Arx Tourinho (2000, p. 185), entre outros autores.

Assim, temos que a Constituição Brasileira de 1988 prevê a sua reforma por essas duas maneiras. Uma via revisão e outra via emenda; em que delas se resultam as ditas emendas constitucionais de revisão e as emendas constitucionais propriamente ditas.

III. A TEORIA DA NÃO SUBSTITUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COMO UM FREIO NO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

3.1 Implicações da jurisprudência brasileira

No sentido dos caminhos que possibilitam a alteração do texto constitucional, a jurisprudência possui importante papel nessa jornada, pois são as decisões judiciais que indicam o caminho em que a sociedade vem avançado e a necessidade de criação de uma emenda constitucional a fim de manter o texto da Carta Magna alinhado com as necessidades de seus

cidadãos. Isso porque a jurisprudência deforma a lei no sentido de a adequar a realidade contemporânea a fim de acompanhar as mudanças sócio-políticas e econômicas.

Neste sentido, do latim “jurisprudentia”, o termo jurisprudência significa, em um sentido amplo, ciência da lei. Em um sentido estrito, contudo, jurisprudência é o conjunto de decisões que refletem a interpretação majoritária de um tribunal e sedimentam, desse modo, um entendimento repetidamente utilizado. Nas palavras do processualista Daniel Amorim Assumpção Neves:

“Jurisprudência [...] é o resultado de um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferidas pelos tribunais. É formada por precedentes, vinculantes e persuasivos, desde que venham sendo utilizados como razões do decidir em outros processos, e de meras decisões.”

Assim, é no cumprimento da importante missão de aplicar a lei que a jurisprudência vai se formando e orientando a direção a seguir na defesa dos direitos. Autores como Pacchioni, Cornil e Hauriou colocam a jurisprudência como verdadeira fonte do Direito. Noutro lado, para Carlos Cossio a jurisprudência não é colocada como fonte do Direito, mas como “um fato axiológico mais importante de todo o litígio”.

Como se sabe, cabe ao Poder Judiciário o exercício da jurisdição, no sentido de decidir imperativamente os conflitos e impor a decisão proferida no caso concreto. Nesse sentido, jurisprudência é “a forma de revelação do Direito” resultante do exercício da jurisdição, decorrente de uma “sucessão harmônica de decisões dos tribunais”.

A importância da jurisprudência na formação do Direito é notória nos dias atuais, ao interpretar e aplicar as normas jurídicas. A jurisprudência muitas vezes acaba inovando em matéria jurídica, estabelecendo normas concretas que se diferenciam daquelas estritamente previstas nas leis, ao interpretar e aplicar diferentes preceitos normativos de forma lógica e sistemática. Essa “função normativa” da jurisprudência é mais acentuada nos casos de lacuna, ou seja, omissão de lei expressa para o caso específico, bem como quando a lei autoriza o juiz a decidir por equidade.

Insta ressaltar que a configuração criadora da jurisprudência tem sua obrigatoriedade restrita ao caso em que foi proferida a decisão, também servindo de medida para outros

julgamentos envolvendo temas com questões iguais ou semelhantes. Além disso de igual forma exerce a função de atualizar as disposições legais para torná-las compatíveis com a evolução social.

Registre-se que os tribunais aprovam súmulas, enunciando de forma resumida o entendimento já firmado sobre certas matérias, após terem sido objeto de decisões reiteradas no mesmo sentido. Tais súmulas proporcionam maior estabilidade à jurisprudência, constituindo forma de expressão jurídica.

Frisa-se que as jurisprudências nada mais são do que interpretação no instante da aplicação dos dispositivos normativos, de modo que devem estar diretamente submetidas a eles e não a livre criação do julgador. Desse modo, em caso de decisões em desacordo especialmente com o texto constitucional cabe intervenção conforme tratado no tópico 2.2 desta monografia.

3.1.1 A categorização diferente da jurisprudência para o Brasil e para Colômbia

É importante trazer este tópico pois a jurisprudência possui papel singular no ordenamento jurídico colombiano e seu entendimento é diferente para o sistema do Brasil. O exemplo mais claro disso é retratado neste estudo ao trazermos abordarmos o impacto da sentença C-551-03 como introdutor da teoria da não substituição da Constituição e, por conseguinte, o estabelecimento de barreiras protetivas à Carta Magna da Colômbia.

Conforme a ilustre doutrina de Didier:

“O dever de observância de precedentes judiciais e da jurisprudência dos tribunais, previsto em diversos dispositivos do CPC (art. 926, p. ex.), corrobora a necessidade de ressignificação do princípio da legalidade”.

Para eles, o Common Law possui uma forte ligação com os órgãos administrativos e autoridades e forma a base mais importante do direito comum em todos seus aspectos. A lei comum e as decisões do Parlamento constituem um único corpo legislativo ao qual a administração pública deve obedecer.

Destaca-se que a Colômbia possui um sistema político republicano, democrático e representativo, com uma clara divisão de poderes – executivo, legislativo e judiciário. Isto

significa dizer que a jurisprudência possui um papel de destaque, mas a nação não é enquadrada como um país que possui a base de seus sistemas jurídicos no *Common Law*.

Além disso, cabe ressaltar que o ordenamento do país não conta com um sistema de proteção de sua Constituição como, por exemplo, as *cláusulas pétreas* que protegem artigos e, até o ano de 2003, não tinham qualquer mecanismo que protegesse a estrutura; esta que poderia ser modificada a depender da decisão que tomassem os legisladores.

Assim, a jurisprudência, por meio de pronunciamentos do Tribunal Constitucional, deu uma nova aplicação à antiga doutrina através da figura do precedente jurisprudencial, o que implica, em última instância, uma alteração da ordem constitucional das fontes.

Hoje, os operadores legais devem aceitar o peso do precedente, correndo o risco de ter suas decisões atacadas em tutela por violação do princípio de igualdade. O caminho de fato é um argumento de construção jurisprudencial que hoje faz com que os operadores jurídicos colombianos reflitam sobre o novo papel da jurisprudência como fonte de direitos.

No que tange ao Brasil, sabemos que tradicionalmente é adotado o sistema romano-germânico, preponderando as leis na disciplina das relações sociais. No entanto, a jurisprudência muitas vezes acaba por inovar em matéria jurídica ao estabelecer normas concretas que se distinguem daquelas que constam estritamente previstas nas leis, ao interpretar e aplicar diferentes preceitos normativos de forma lógica e sistemática.

Isto decorre pois a jurisprudência é a decisão reiterada dos Tribunais. Nessa perspectiva, o professor Miguel Reale pontua:

"a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais"

Esta característica de “função normativa” que a jurisprudência pode assumir, se apresenta mais acentuada em hipóteses de lacuna quando há a omissão de lei expressa para um caso específico, assim como em casos em que a lei autoriza o juiz a decidir por equidade, por exemplo.

Nesse contexto, é dela também a função de atualizar as disposições legais a fim de torná-las compatíveis com a evolução da sociedade. Em outras palavras, é por meio da interpretação que acontece a correção das leis, o ajuste da ordem jurídica para que caminhe alinhada com a evolução dos fatos e valores no decorrer do tempo.

No que cerne as súmulas dos tribunais Superior e Supremo, são uma forma resumida do entendimento que já vem sendo firmado sobre determinadas matérias, após terem sido objeto de reiteradas decisões no mesmo sentido, proporcionando, então, maior estabilidade à jurisprudência, produzindo uma forma de expressão jurídica.

Insta ressaltar que independente do condão de função normativa que a jurisprudência possa assumir, para o ordenamento jurídico brasileiro em termos constitucionais, esta nunca poderia ir de contrário a seu texto, pois não possui força hierárquica para tal. Neste ponto, é que reside a maior diferença entre os países aqui analisados.

3.2 Aplicabilidade da Teoria da Não Substituição no Brasil

Conforme supramencionado em capítulos anteriores, dentro da estrutura organizacional de um Estado, tem-se como instrumento básico, a necessidade de estabelecimento de mecanismos para a defesa da Constituição que são chamados de controle de constitucionalidade das leis.

Importa destacar que, para manter o equilíbrio entre a estabilidade da Constituição e sua mudança necessária a fim de acompanhar o desenvolvimento da sociedade, a Constituição brasileira se vale da rigidez constitucional, teoria desenvolvida pelo jurista britânico James Bryce que pontua que a Constituição rígida deve possuir uma autoridade superior a das outras leis do Estado, podendo ser alteradas por meio de método diferente daquele pelo qual as demais leis podem ser editadas ou revogadas.

Esse controle de constitucionalidade é apresentado nos sistemas políticos, jurisdicional e mistos. Quando a função de verificador está entregue a um órgão de natureza política, como por exemplo o próprio parlamento, Senado ou a uma corte especial, constituída por meio do processo político para esse exame, tem-se o controle político. Por outro lado, o controle jurisdicional – *judicial review* – ocorre nos sistemas que atribui aos órgãos do Poder Judiciário

essa defesa da Constituição sendo, inclusive, esse o sistema adotado no Brasil. E, no misto, tem-se determinadas leis controladas por um órgão político e outras pelo judicial.

Assim, os principais pontos que fazem a teoria da não substituição da Constituição não ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro são os que se seguem.

3.3 A proteção de artigos x proteção de direitos

No Brasil, temos a utilização das cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais e sua utilização como limite material de reforma do Poder Constituinte Derivado. Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 134) coloca com precisão o desafio de uma teoria das limitações materiais ao poder de reforma no contexto constitucional brasileiro:

“O grande desafio de uma teoria das limitações materiais ao poder de reforma, dentro do quadro constitucional brasileiro, é alcançar uma interpretação das cláusulas superconstitucionais [pétreas] capaz de assegurar a proteção dos procedimentos democráticos de tomada de decisão, das instituições que asseguram o Estado de Direito e, fundamentalmente, de todos aqueles direitos essenciais à realização da dignidade humana, sem desautorizar o direito de cada geração de realizar sua autonomia”.

É através desses artigos constitucionais que somente podem ser alterados por meio de emenda constitucional que o ordenamento jurídico brasileiro protege sua forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Para a Colômbia, muito se fala em proteção de direitos, no entanto, até a decretação da sentença C551-03 o país não contava com um sistema concreto de proteção de sua estrutura. Foi só então a partir do ano de 2003 que passou-se a contar com a ideia de proteção ao texto constitucional concreta.

Ainda hoje, passados quase vinte anos da sentença revolucionária, a Colômbia implementou os controles de alterações do texto constitucional em geral, mas não há uma configuração de sistema direcionado especificadamente a artigos. Desse modo, os artigos que

contém os direitos fundamentais que estão em sua Carta de 1991 podem ser objetos de pleito para alteração.

Neste ponto, reside a diferença: para o Brasil, os artigos que compõem as cláusulas pétreas não podem sequer ser objeto de pleito para fins de alteração. Para a Colômbia, que não possui bloqueio protecional para artigos específicos, as disposições que compõem os direitos fundamentais podem ser objeto de alteração de seu texto desde que o direito não seja atingido.

3.4 A existência de mecanismos de proteção no Brasil e a inexistência na Colômbia

Conforme vem sendo tratado nesta monografia, o mecanismo de proteção brasileiro das cláusulas pétreas existem em nosso sistema desde 1891 não podendo ser objeto de deliberação no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado. Assim se seguiu com o mesmo objetivo as Constituições posteriores que visavam garantir a manutenção da federação e da república no Brasil.

Neste sentido, assinala Vilhena, *in verbis*:

“Para delimitar que o papel do Judiciário, no controle da constitucionalidade, deve se restringir à proteção da democracia[...].”

Na Colômbia não havia qualquer mecanismo de proteção à estrutura da sua Constituição Política, de modo que todo e qualquer texto poderia ser alvo de alteração ou supressão, incluindo o objeto que tratava aquele artigo. Tal cenário somente se modifica com a sentença C-551-03, vindo a originar a Teoria da Não Substituição da Constituição.

Desse modo, se a supramencionada Teoria surgiu a partir de uma necessidade do ordenamento jurídico colombiano de garantir a proteção inexistente da estrutura de sua Constituição e o Brasil já possuía um sistema garantidor de manutenção de seu arranjo constitucional, bem como de sistemas de verificação de alteração de todo e qualquer texto ainda que fora do ramo taxativo de cláusula pétreas, mas ainda dentro da Constituição, faria sentido falar em aplicabilidade da Teoria da Não Substituição da Constituição considerando seu objeto e objetivo final?

3.5 O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

Diferente dos Estados Unidos onde o sistema se regula por meio do *common law* e possui a figura do *Chief Justice*, em nossas instituições temos o Presidente do STF que não possuem a mesma configuração de papéis desempenhados. Apesar das diferenças de modelos judiciários adotados pelas duas nações, ambos os cargos possuem, dentre outros, o dever de atuação no sentido de proteção dos direitos fundamentais e das normas constitucionais.

Após a Constituição de 1988, restou evidenciado que o controle de constitucionalidade é um processo objetivo estando, a priori, livre de interesses subjetivos diversos do de preservar a normatividade da Constituição. Além disso, consolidou também o efeito *erga omnes* da ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção recebeu efeitos não concretistas.⁴³

Neste contexto, merece destaque o período em que o Ministro Gilmar Mendes ocupou a função de Presidente da Corte entre 2008 e 2010, pois sua atuação foi caracterizada pelo processo de judicialização da política e da vida juntamente com um maior ativismo judicial. Ademais, foi ele o responsável por alavancar o debate acadêmico no que tange ao controle de constitucionalidade e teve forte participação na elaboração das leis de controle de constitucionalidade⁴⁴.

Neste sentido, ressalta-se que em seu período como presidente, atribuiu efeitos concretistas ao mandado de injunção no estabelecimento do prazo para que o legislativo pudesse remediar a omissão extraída da regra do artigo 18, § 4º, como também é possível observar o aumento na edição de súmulas vinculantes.

Sua entrada como Presidente da Corte, deixou foi um marco a partir do qual percebeu-se um Judiciário avançando a passos largos para uma condição de protagonista em um cenário político brasileiro ao proferir decisões que se aventuraram a ir além das tendências que o precediam. Como resultado, se consolidaram como importante instância contramajoritária da qual são debatidos os grandes dilemas institucionais do país.

Após a consolidação das técnicas de interpretação e aspectos processuais de maior destaque no que cerne aos instrumentos de controle concentrado, o Supremo passou a agir de

⁴³ FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF NAS “CORTES” VICTOR NUNES LEAL, MOREIRA ALVES E GILMAR MENDES. Revista Direito GV, 2013.

⁴⁴ Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99.

forma mais ativista, como é possível observar no caso da inconstitucionalidade por omissão, no qual houve grande modificação do entendimento quando comparado ao momento anterior.

Sobre essa postura ativa que exprime um ativismo judicial, o professor da Universidade de Nova Iorque, Jeremy Waldron realiza duras críticas a todo o arranjo institucional que seja permitido abrenhar-se baseado em raciocínios morais e sobrepondo suas convicções as decisões legislativas. Em suas concepções, o *strong judicial review*⁴⁵ concede, na prática, competência para que os tribunais se abstenham de aplicar a legislação aprovada seguindo um procedimento válido ou, ainda, invalidá-la em caso de decisão pelo tribunal de cúpula.

Outro jurista, dessa vez brasileiro, que dialoga com essa linha é o Conrado Hubner (2008, p.146, n. 22) que destaca que o STF é um dos poucos tribunais no mundo que se autodelegou a competência de controlar a constitucionalidade das emendas constitucionais. Além disso, institutos como da súmula vinculante e da repercussão geral, bem como suas recentes sinalizações de modificações dentro da jurisprudência sobre o mandado de injunção⁴⁶ em caso de omissão legislativa, fazem com que as decisões do STF sejam ainda mais relevantes para os caminhos que a sociedade brasileira possui.

Na visão de Waldron, o modelo de organização institucional desrespeita o direito de participação dos cidadãos nas decisões coletivas⁴⁷. Em seus argumentos normativos sobre igualdade e democracia, pontua que deve haver reflexão entre uma eventual teoria da decisão judicial e recomenda que os juízes tenham uma postura de atendimento frente as decisões morais da maioria, independente da questão institucional de qual poder detenha a última palavra na esfera de validade do direito.

David Dyzenhaus, insere Waldron em uma tradição filosófica que remonta a Bentham e a Hobbes, enfatiza que:

(...) Hobbes e Bentham são positivistas exclusivistas por causa de suas visões políticas acerca da melhor maneira de se construir a ordem jurídica. Essas visões requerem que a interpretação judicial seja impedida, por razões políticas, de assumir mais que um papel marginal na ordem jurídica. Hobbes e Bentham também assumem uma segunda

⁴⁵ Modelo forte de revisão judicial

⁴⁶ Mandados de Injunção (MI) 670, 708 e, em especial, 712 e 721.

⁴⁷ O que ele denomina “direito dos direitos”, expressão emprestada de William Cobbett e Waldron a retoma no capítulo 11 de *Law and Disagreement*.

postura exclusionária. Ela se segue da primeira ao requerer que não se dê eficácia à interpretação judicial para além da disputa dos indivíduos particulares, porque oferecer a ela uma eficácia mais ampla seria dar aos juízes uma autoridade legislativa que deveria se reservar ao legislador soberano⁴⁸.

Neste sentido da prática jurídica e do debate político-constitucional emanado pelo STF, Hubner propôs a teoria normativa do diálogo institucional a partir da leitura de posições de Rawls e Dworkin que transmite a métrica avaliativa – o desempenho deliberativo dos poderes entre si – de seu livro, vejamos:

Negam legitimidade a priori, pelo mero pedigree majoritário, ao parlamento, mas não aceitam passivamente qualquer ativismo judicial. É exatamente isso que entendo como justificativa da flutuação. Não se trata de pura subordinação do procedimento à substância, ou de negar dever de obediência a uma decisão judicial ou legislativa porque entendemos que elas violam um parâmetro moral (...) Sustento apenas que é desejável que os poderes desafiem uns aos outros (...) Não dissolvo a autoridade: decisões continuam a ser obrigatórias, mesmo que delas discordemos. A democracia, contudo, tem a ganhar se um padrão como a razão pública estimular o desafio deliberativo entre poderes (2011, p. 195).

Neste modelo normativo de diálogo, Hubner possui como meta elevar o potencial epistêmico da democracia, isto é, elevar a qualidade dos argumentos sobre princípios não apenas no Judiciário, mas também no Legislativo. Para ele, esta competição do melhor argumento de princípio resultaria em uma cooperação entre os poderes e fortaleceria as condições democráticas de pertencimento moral ou da razão pública como critério de legitimidade das deliberações institucionais:

A última palavra sobre direitos importa? Sim, mas menos do que se supunha. Importa para quê? Para firmar decisões com pretensão de maior durabilidade; para resolver, ainda que temporariamente, uma demanda por decisão coletiva que valha para todos. Qual, então, o critério para a escolha da autoridade detentora dessa prerrogativa? A confiança da comunidade na instituição que tenha maior probabilidade de produzir a melhor decisão. E se essa instituição for, comparativamente, menos democrática do que as alternativas? Mesmo que se aceite a hipótese da qualidade mais ou menos democrática de instituições isoladamente, dentro da lógica de separação de poderes, aquela que for “mais democrática”, caso discorde, sempre poderá responder. Se outra, de fato, for “mais democrática”, dificilmente será derrotada por muito tempo (2011, p. 182-3).

⁴⁸ “(...) Hobbes and Bentham are exclusive positivists because of their political visions about the best way to construct legal order. Those visions require that judicial interpretation is excluded for political reasons from taking more than a marginal role in legal order. Hobbes and Bentham also make a second exclusionary move. It follows through on the first by requiring that judicial interpretation should not be given legal force beyond the dispute between particular individuals, because to grant more force is to give to judges a legislative authority which should be reserved to the sovereign law-maker.” (DYZENHAUS, 2004, p. 45)

Sob este prisma, é evidente que se deva melhorar a qualidade da argumentação do Supremo Tribunal Federal, tornar mais claros seus critérios decisórios e mais eficientes suas deliberações, estimular o diálogo entre os poderes, cobrar do legislativo a responsabilidade com questões de princípio, tudo isso é de extrema importância, mas não é o bastante. Se faz necessário o enfrentamento do mérito das controvérsias, haja vista que não existe posição neutra e o desacordo não deve nos desencorajar, mas sim servir como razão.

Assim, é evidente que nossos juízes por muitas vezes carecem de consistência argumentativa e que suas citações de ideais estrangeiras constam mal compreendidos e recheiam nossas decisões judiciais com pouco a dizer ou deixando lapsos. Neste sentido, Conrado Hübner (2011) cita, por exemplo, a sugestão interessante de nas hipóteses em que o Tribunal deliberar a inconstitucionalidade de uma lei por maioria apertada (6x5 no Brasil), o Parlamento poderia eventualmente fazer valer a lei, depois de um procedimento próprio a ser definido, com base nos argumentos da minoria do Tribunal.

3.6 A teoria da não substituição da Constituição no caso ADPF 130 x Lei 5.250/67 como uma analogia especulativa de seu conceito aplicado na prática e um possível amparo ao ativismo judicial

No período de presidência do Ministro Gilmar Mendes no STF, foi julgada a ADPF 130 interposta pelo Partido Democrático Trabalhista em face da Lei nº 5.250/67, Lei de Imprensa que fora aprovada quando o Brasil passava pelo então período da ditadura. A ação possuía como objetivo a declaração de que diversos dispositivos do texto não haviam sido recepcionados pela Constituição de 1988 e outros demandavam que fossem interpretados conforme a redação da Carta Magna.

Em seu voto, o Ministro apontou a compatibilidade da liberdade de imprensa com lei específica reguladora, haja vista que na época da Constituinte de 1988 não fora concebida a liberdade de expressão como um direito incondicional. Isto porque esta prerrogativa encontra limite na obrigatoriedade de se observar o direito à imagem, honra e vida privada.

Neste sentido, de acordo com Alexandre de Moraes em seu manual de Direito Constitucional (2007, p. 48):

“A proteção constitucional consagrada no inciso X do art. 5º refere-se tanto a pessoas físicas quanto pessoas jurídicas, abrangendo, inclusive, à necessária proteção à própria imagem frente aos meios de comunicação em massa (televisão, rádio, jornais, revistas, etc).”

Naquela oportunidade, Mendes destacou, no entanto, que a Lei encontrava-se entranhada de autoritarismo e por esta razão seus dispositivos deveriam ser afastados pelos operadores do direito no caso concreto, restando, assim, a salvaguarda dos cidadãos, jornalistas e empresas, sem ferir os direitos fundamentais. Desse modo, a norma garantiria proteção do cidadão contra abuso de poder pela imprensa ao passo que garante o direito de resposta – garantia fundamental – que requer lei infraconstitucional para seu exercício.

Insta ressaltar a leitura do disposto no inciso IV, § 4º do art. 60, cláusula pétreia permite extrair que quaisquer matérias concernentes aos pontos apresentados são consideradas cláusulas pétreas implícitas e também estão insuscetíveis à abolição do texto constitucional, que, em seu teor, elabora sistemas de proteção destas para que sejam sempre observadas pelo administrador público e legisladores.

Desse modo, é possível relacionar o supramencionado dispositivo com o inciso IX do art. 5º a fim de estender e efetivar a proteção para os direitos individuais. Vejamos:

Constituição Federal

Art. 60 [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Neste sentido, ensina o Marcelo Novelino em seu curso de Direito Constitucional de 2007, *in verbis*:

“As cláusulas pétreas implícitas são aquelas que, apesar de não estarem previstas no art. 60, §4º, também não pode ser objeto de alteração pelo conteúdo do qual dispõe”.

O julgamento desse caso teve como resultado a procedência da ação para a não recepção de todos os dispositivos da referida Lei. Este é um claro caso em que as cláusulas pétreas implícitas cumpriram exemplarmente seu papel de manter a estrutura da Constituição. A Carta Magna deve ser rígida para que haja segurança jurídica e sua interpretação deve ser voltada para o caso concreto analisado sob a luz da contemporaneidade. Neste sentido, é dever do magistrado apreciar a lide observando os impactos práticos que sua decisão terá, sem que, no entanto, vá no sentido contrário do texto constitucional protegido.

A Teoria da Não Substituição da Constituição viria para sobrelevar reforçando o objetivo das cláusulas pétreas, bem seja, preservar a identidade material da Constituição a fim de proteger institutos e valores essenciais e permitir a continuidade do processo democrático. Sendo, desse modo, dever indubitável, a proteção de tais conceitos pelos operadores do direito que de maneira alguma seus atos e pleitos devem ferir os direitos fundamentais.

Assim, em outras palavras, a teoria desempenharia o papel de limitar a quem possui a competência de análise da lide, a interpretação do dispositivo constitucional sob o abrigo do contexto temporal vigente. Sem, sob hipótese alguma, alterar, desviar ou dissuadir o texto em favorecimento de questões distintas de seu objetivo original.

De acordo com Conrado Hubner, o Supremo defende a democracia por meio de decisões jurídicas bem fundamentadas. Destaca que as práticas jurídicas vão se consolidando e sendo aceitas de modo que sejam através delas que inovações jurídicas acontecem, ou seja, mudanças de uma interpretação do passado para uma posição do presente acontecem, configurando um jogo de ações e reações⁴⁹.

Destaca, ainda, que o poder do judiciário no sentido de proteger a Constituição e a democracia do jeito que ela é não deve ocorrer no vazio jurídico, podendo ser heterodoxo, mas devendo possuir uma justificativa jurídica. O STF deve afastar o purismo hermenêutico e jurisprudencial para justificar que sua ação é justificável em ocasiões excepcionais.

Neste diapasão, o professor e Doutor pela USP destaca que existe uma dimensão procedimental que é o individualismo quando o STF toma uma decisão no plenário, o que

⁴⁹ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3xZLYIo6ppM>> Acesso em: 08/06/2022.

explica em parte a dificuldade de se firmar jurisprudência. Decisões polemicas como o caso aqui utilizado que trata da revogação da lei de imprensa e outros casos de direitos fundamentais que são tidos como modelos celebrados e paradigmáticos apresentam confusão na fundamentação de ideias, pois seus argumentos são construídos de forma procedimental de modo a não estabilizar parâmetros para o futuro – o que o professor acredita ser proposital, pois, em sua opinião, estabelecer jurisprudência estável seria uma prática de autolimitação⁵⁰.

Mister destacar que em sua teoria, é permitido ao Supremo uma ambiguidade que coloca o Brasil na posição de possuir regras fluidas em excesso. Nessa conjuntura, a Teoria poderia ser utilizada como uma maneira de impor limites ao ativismo judicial que se emana do Supremo Tribunal Federal.

IV. CONCLUSÃO

Pela Constituição possuir a característica de regulamentar temas e diretrizes fundamentais de seu Estado, além de representar a vontade direta da população, é necessário que esta seja a norma de maior estabilidade dentro da ordem jurídica. Noutro prisma, a Carta Magna precisa estar hábil a atender as novas demandas a fim de acompanhar as mudanças da sociedade, de modo que é preciso que a Constituição venha a ser alterada ao passar dos anos. Por esta razão é tão importante fortalecer técnicas nesse campo, como a vinculação ao precedente e a sujeição aos testes de razoabilidade que já foram dados em caso de inconstitucionalidade por substituição, apesar de sua amplitude e complexidade.

Neste sentido, para o Tribunal Constitucional da Colômbia, no momento da admissão ou rejeição do pedido, deve ser indicado quando um pedido não cumpre os requisitos de clareza, pertinência, suficiência e especificidade das acusações para ver se o demandante pode corrigi-las nesta primeira instância e não deixar essa análise para a parte final do processo. Da mesma forma, o Tribunal deve avaliar as pretensões não apenas com base nas próprias acusações substitutivas, mas pela análise das normas previstas na ação como violadas, especialmente quando se trata de inconstitucionalidade por violação do bloco de constitucionalidade, para evitar inibições repetidas.

⁵⁰ O que denomina como fabricação deliberada da incerteza como uma forma de empoderamento. Alterar o procedimento pouco adianta se tais atores não estiverem objetivo em comum.

O Tribunal Constitucional deve compreender sua responsabilidade em tais estudos, pois é a última barreira institucional dentro do regime constitucional para evitar que a democracia legal seja diluída por reformas em democracia não legal e que a democracia se transforme em demagogia. Assim, a tese das limitações do poder em democracia, que tem sido mantida desde os gregos com as noções de *psephismata* e *nomoi*, e que são mantidas em democracias representativas com a diferenciação entre poder constituinte e poder de revisão, pode ser útil e necessária para formular a tese da restrição do poder de reforma constitucional quando existem, por exemplo, maiorias políticas no Congresso que podem violar, através de emendas à Constituição, os aspectos fundamentais de pacto jurídico-político.

Dessa maneira, apesar da teoria da não substituição não ser recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro expressamente, seus objetivos finais são alcançados por meio de outros tipos de controle e travas que são as cláusulas pétreas que protegem artigos com a finalidade de proteger a estrutura, a votação de um projeto de emenda constitucional que necessariamente precisa ter seu texto apreciado por duas casas – que neste caso seria o equivalente ao projeto de ato legislativo colombiano – mas ao observarmos o objeto final da teoria, bem seja, de defender a permanência de uma estrutura mínima da Constituição, mantendo seus institutos, para que seja possível preservar valores essenciais, identidade material a fim de dar continuidade ao processo democrático, o objetivo é alcançado.

Assim, pelos aspectos supramencionados e os dados coletados, a Teoria da Não Substituição da Constituição não apresenta vasto impacto para que haja sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro haja vista que o sistema possui outros mecanismos de defesa da estrutura constitucional anteriores, inclusive, ao surgimento da teoria pelo país colombiano. Apesar disso, a mesma poderia ser utilizada como uma forma de amparo quando estivermos diante de debates sobre direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GARCÍA-JARAMILLO, Santiago; GNECCO-ESTRADA, Francisco. **La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la Constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo.** Universitas. Bogotá (Colombia) N° 133: 59-104, julio-diciembre de 2016.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro; ESPINOSA SILVA, Daniel Fernando. **Análisis de la sentencia C-551 de 2003 de la Corte Constitucional, que limitó los poderes de reforma de la Carta Política.** Díkaion, vol. 18, núm. 13, noviembre, 2004, pp. 121-156.

LEGALE, Siddharta. **Resenha do livro “A Sala de Máquinas da Constituição” de Roberto Gargarella.** Disponível em: <<https://nidh.com.br/resenha-do-livro-a-sala-de-maquinas-da-constituicao-de-roberto-gargarella/>>. Acesso em:15/05/2021.

RESTREPO, Carlos Piedrahita. **Los derechos de los muertos. De la Antígona de Sófocles a Baader-Meinhof Bande en Stuttgart.** Em Revista de Derecho del Estado, n.º 3, Bogotá, dezembro de 1997.

AA. VV. ALESINA, Alberto. **Reformas institucionais na Colômbia: uma agenda reformista para os desafios do novo século.** Bogotá, Alfaomega-Fedesarrollo, 2002.

JIMENO, Armando Benedetti. **O que está por trás do pano de fundo?.** Em El Tiempo, 24 de outubro de 2005.

BOXES, Mario Alerto Sarri. **Reforma constitucional: limites da Corte ao Congresso.** Em Precedente, Cali, Icesi, 2004.

DE VEGA, Pedro. **Limites da reforma constitucional na Colômbia: o conceito da Constituição como base da restrição.** Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutierrez. **O bloco de constitucionalidade, conceitos e**

fundamentos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Tese de Graduação, No. 48, 2007.

HELLER, Herman. **O sentido da política e outros ensaios.** Valencia, Pré-Textos, 1996.

PALÁCIOS TORRES, ALFONSO. **Concepção e controle do processo legislativo,** Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

RAMÍREZ BULLA, GERMAN. “**Globalização, paz e direito internacional**”, em gONZALO A. RAMÍREZ CLEVES (ed.). **Direito no contexto da globalização,** Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo,** 1999, Ed. Malheiros, São Paulo.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais - Sinopses Jurídicas,** vol. 17, 6º edição, 2006, Ed. Saraiva, São Paulo.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado,** 10ª edição, 2006, Editora Método, São Paulo.

Disponível em: <<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/I GUB/constitucion-1991.pdf>>. Acesso em: 17/05/2022.

Disponível em: <<https://colombia.justia.com/nacionales/constitucion-politica-de-colombia/titulo-xiii/>>. Acesso em: 17/05/2022.

Disponível em: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=11368>>. Acesso em: 17/05/2022.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23590/o-supremo-tribunal-federal-e-a-suprema-corte-dos-estados-unidos>>. Acesso em: 08/06/2022.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37790/a-inimputabilidade-penal-como-clausula-petrea-implicita-ao-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 08/06/2022.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Repercussão geral no recurso extraordinário: recorrendo do irrecurível?**. II Seminário do LAFEP – Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (Anais). Niterói, 2010, p. 10-20.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEGALE FERREIRA, Siddharta; MACEDO, Marco Antonio Ferreira. **A Corte Moreira Alves (1975-2003): a judicatura de um civilista no STF e o controle de constitucionalidade**. Observatório de jurisdição Constitucional. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/745/538>>. Acesso em: 06/06/2022.

MENDES, Gilmar Mendes. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 475p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: inovações e aspectos polêmicos**. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Cia. Forense, 2003. p. 101-132.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental à luz da lei nº 9.882/9**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**, relator Min. Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.814/DF**. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 12.12.2001

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª Edição, 2005. p. 331-332

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. doi:10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952. Acesso em: 2022-07-13.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 139

FUHRMANN, P. T. Philip. **Mornay and the Gughenot Challenge to Absolutism In Calvinism and the Political Order**, ed. George L. Hunt. Philadelphia: The Westminster Press, 1965.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998