



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

Revista de Informação Legislativa

volume 61

243

julho a setembro de 2024



Desmembramento constitucional: considerações críticas

Constitutional dismemberment: critical considerations

Almir Megali Neto¹

Resumo

Este artigo apresenta considerações críticas ao conceito de *desmembramento constitucional*. Como método, utiliza a revisão da literatura para expor o modo como Richard Albert define e situa o conceito, criticado por Carlos Bernal Pulido, Yaniv Roznai e David Landau. Em seguida, apresenta nossas objeções à validade do *desmembramento constitucional*, com o fim de demonstrar sua incapacidade para lidar tanto com os fenômenos que descreve quanto com seus próprios intentos, já que não inova nem ultrapassa a teoria clássica do poder constituinte e a doutrina tradicional das emendas constitucionais inconstitucionais. O trabalho encerra-se com um alerta sobre o impacto daquele conceito no constitucionalismo democrático.

Palavras-chave: considerações críticas; desmembramento constitucional; Richard Albert.

Abstract

This article presents critical considerations to the concept of *constitutional dismemberment*. As a method, it uses the literature review to expose the way Richard Albert defines and situates the concept, criticized by Carlos Bernal Pulido, Yaniv Roznai and David Landau. It then presents our objections to the validity of *constitutional dismemberment*, in order to demonstrate its inability to deal with the phenomena it describes and its own intentions, since it does not innovate or overcome the classical theory of constituent power and traditional doctrine of unconstitutional constitutional amendments. The work ends with a warning about the impact of that concept on democratic constitutionalism.

Keywords: critical considerations; constitutional dismemberment; Richard Albert.

¹ Almir Megali Neto é mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; doutorando em Direito na UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; assessor de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. E-mail: almir_megali@hotmail.com

1 Introdução

Em 2018, o *Yale Journal of International Law*, periódico de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de Yale, EUA, publicou o artigo “Constitutional Amendment and Dismemberment” (Emenda e desmembramento constitucional), de Richard Albert. Seu objetivo era introduzir na literatura sobre emendas constitucionais (ECs) a ideia de *desmembramento constitucional* (DC) para compreender melhor os usos e as funções das regras de mudança constitucional (Albert, 2018, p. 2).

Albert (2018, p. 2-3) esclarece que o DC, que estaria acontecendo em várias partes do mundo, é ao mesmo tempo um fenômeno, um conceito, uma doutrina e uma teoria. As prescrições formuladas por ele acerca dos DCs destinam-se a novos textos constitucionais, e não a constituições existentes, pois as regras que disciplinam o processo de reforma constitucional são difíceis de alterar, e a ideia de DC implica repensar o constitucionalismo. Segundo ele, o DC compreende as ECs que repudiam elementos essenciais de uma Constituição, em especial os relacionados à sua estrutura, à sua identidade ou aos seus direitos mais fundamentais, substituindo-os por seus opostos, mas sem romper com a vigência formal do seu texto. Assim, o DC diferencia-se tanto de uma EC quanto de um novo texto constitucional, pois: a) uma EC pretende aperfeiçoar a Constituição, ao passo que um DC objetiva romper com algum dos seus fundamentos; e b) um DC não seria equivalente à adoção de uma nova Constituição, pois pressupõe a manutenção do texto constitucional em vigor.

Para o autor (Albert, 2018, p. 4-6), do ponto de vista descritivo um DC pode tanto reforçar quanto enfraquecer o constitucionalismo liberal. Por sua vez, da perspectiva normativa, no momento da elaboração de novos textos constitucionais, os legisladores constituintes deveriam incluir dispositivos que estabelecessem as regras de mudança constitucional – como a *mutuality rule* (regra da mutualidade), conforme a qual somente seriam permitidos DCs caso seguissem o procedimento utilizado na promulgação da Constituição existente. Haveria, então, dois procedimentos formais para a mudança constitucional: um para as ECs e outro para os DCs. Isso reforçaria e prolongaria a vigência de textos constitucionais em tempos de crise. Ainda sob a perspectiva normativa, juízes constitucionais não podem

² MEGALI NETO, Almir. Desmembramento constitucional: considerações críticas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 243, p. 123-139, jul./set. 2024. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p123. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/243/ril_v61_n243_p123

³ Megali, A., Neto. (2024). Desmembramento constitucional: considerações críticas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(243), 123-139. https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p123

invalidar DCs se eles tiverem sido adotados segundo o rito determinado pela regra da mutualidade, e juízes constitucionais não poderiam invalidar o trabalho do poder constituinte.

Assim que veio à luz, o texto repercutiu na comunidade acadêmica. O site oficial do *Yale Journal of International Law* publicou uma série de debates sobre a categoria conceitual de Albert, com alguns dos principais nomes do Direito Constitucional Comparado, como Carlos Bernal Pulido, Yaniv Roznai e David Landau, que se têm dedicado ao estudo das ECs inconstitucionais. E não demorou muito para que o conceito de DC desembarcasse em solo brasileiro. Albert (2018, p. 40-42) menciona o Brasil como um país que vivenciara um DC recentemente havia poucos anos; e usa como exemplo a promulgação da EC nº 95/2016. A partir de então, sobretudo em tom de denúncia⁴, essa categoria conceitual passou a ser manejada por parcela da doutrina constitucional brasileira como referência tanto àquela EC quanto a outros atos normativos contrários ao conteúdo compromissório e socioeconômico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Dado esse cenário, o artigo apresenta considerações críticas à categoria conceitual do DC. Mediante pesquisa eminentemente bibliográfica e o recurso à revisão de literatura, o estudo apresenta o modo como o autor constrói esse conceito, bem como as razões pelas quais acredita que sua adoção pode contribuir para o constitucionalismo. Em seguida, apresenta os argumentos e as objeções de Carlos Bernal Pulido, Yaniv Roznai e David Landau àquele conceito, publicados pelo *Yale Journal of International Law*. Depois de expor nossas críticas à proposta de Albert, encerra o artigo um alerta sobre o impacto deletério do DCs no constitucionalismo democrático.

2 O desmembramento constitucional

No artigo publicado pela revista da Universidade de Yale, Albert (2018, p. 7-11) define o DC e apresenta o modo como o conceito pode contribuir para explicar transformações constitucionais observadas contemporaneamente ao redor do mundo. Resgata as propostas explicativas da teoria constitucional moderna para a ocorrência do fenômeno das ECs inconstitucionais e identifica uma síntese de todas essas proposições em Murphy (1995), para quem as ECs válidas podem operar somente no sistema político pré-existente. E sintetiza a sugestão apresentada por Murphy (1995): o uso de ECs para desconstituir, reconstruir ou substituir uma Constituição não pode ser equiparado a uma simples EC. Tal uso da forma constitucional é mais bem definido como criação de outra Constituição.

Na base desse entendimento está a Teoria da Constituição de Carl Schmitt, para quem, segundo Albert (2018, p. 11), a autoridade dos atores políticos para emendar a Constituição é limitada por ela própria. Atores políticos somente poderiam emendar a Constituição sob o pressuposto de que lhe restariam inteiramente preservadas a identidade e a continuidade. A

⁴ Ver: Benvindo (2022, p. 32); Meyer (2021, p. 9, 30, 77, 125); e Paixão e Benvindo (2020).

autoridade para realizar mudanças por meio de ECS retira seu fundamento da premissa de que a Constituição estaria preservada, apesar de emendada. Assim, uma EC que exorbitasse essa autoridade criaria efetivamente outra Constituição. Essa visão sobre a mudança constitucional encontra seu fundamento na teoria do poder constituinte. Ela pressupõe uma rígida divisão entre o trabalho do povo e o de seus representantes: somente o povo poderia fundar uma nova Constituição, ao passo que seus representantes estariam autorizados apenas a atuar em nome dele e, nessa condição, não poderiam fazer mais que alterar o texto constitucional de acordo com os procedimentos nele estabelecidos.

Segundo Albert (2018, p. 11-12), dois conceitos extraídos da teoria do poder constituinte são essenciais para compreender os limites à atuação do povo e à de seus representantes: o poder constituinte e o poder constituído. O primeiro relaciona-se ao corpo de pessoas no qual reside o poder supremo de estabelecer uma nova ordem constitucional; e o segundo é usado com referência às instituições criadas por uma Constituição para desempenhar funções nos limites preestabelecidos no texto constitucional. A principal premissa é que o poder constituído não pode criar uma Constituição, a qual é obra do exercício do poder constituinte; como corolário, a autoridade do poder constituído deve restringir-se a mudanças constitucionais nos exatos limites firmados pelo poder constituinte.

As imprecisões dessa teoria são reconhecidas por Albert (2018, p. 12-13). Há razoável consenso na literatura especializada sobre as dificuldades para definir quem de fato seria o *povo*, bem como sobre quem de fato o *representaria* e poderia atuar em seu nome. De qualquer forma, mais que uma construção descritiva de como *são criadas* constituições, a teoria do poder constituinte é uma aspiração dos teóricos sobre como elas *deveriam ser criadas* – e alteradas. A teoria convencional da mudança constitucional pode explicar não só o que é uma EC (uma alteração da Constituição de acordo com as regras nela estabelecidas) como também explicar o momento constituinte, isto é, quando uma Constituição é criada. Contudo, exigir-se-ia um salto teórico para aceitar que uma mudança constitucional realizada de acordo com as regras estabelecidas para emendar uma Constituição seja equivalente a uma nova Constituição, mesmo que não promulgado texto constitucional algum.

Por essa razão, Albert (2018, p. 14) argumenta que seria necessária uma nova categoria conceitual para preencher as lacunas na literatura a respeito de mudanças constitucionais e para lidar com ECs que sejam mais que uma simples EC e menos que um novo texto constitucional, servindo de ponte entre momentos constituintes e a política ordinária. Esse fenômeno de desfazimento de uma Constituição sem rompimento da vigência formal do texto constitucional conceitua-se como

um esforço autoconsciente percebido como a desconstrução da Constituição com recurso às regras de alteração constitucional. Um desmembramento constitucional

introduz uma mudança que é incompatível com a estrutura e o propósito de uma Constituição existente. Um desmembramento introduz uma mudança transformadora na Constituição, mas não produz uma nova Constituição, porque, por uma questão de forma, o texto da Constituição permanece o mesmo que era antes da mudança, à exceção da parte efetivamente alterada. A teoria do desmembramento constitucional, portanto, não reconhece uma nova Constituição até que os atores políticos conscientemente optem por iniciar e concluir com sucesso um processo formal de elaboração de uma nova Constituição (Albert, 2018, p. 14, tradução nossa)⁵.

Albert (2018, p. 29-39) identifica o *desmembramento constitucional* como um fenômeno em ascensão em diversas partes do mundo e que apresenta uma doutrina de adjudicação para os casos de ECs inconstitucionais, bem como uma série de estratégias para os atores políticos poderem alterar uma Constituição. Por DC, o autor entende as mudanças constitucionais mediante ECs que geram um entendimento inteiramente novo da Constituição; seu intento, para melhor ou para pior, não é o mesmo de antes da mudança. Essas alterações constitucionais transcendem o mero aperfeiçoamento de uma Constituição, pois destroem-lhe o núcleo e conferem-lhe novo propósito. O texto constitucional em si pode até não ser objeto de substituição em sentido formal, mas sua identidade, direitos ou estrutura não escapam à mudança sem substancial modificação. Trata-se, pois, de uma transformação constitucional contínua que pode acontecer repentina ou gradualmente, atingir tanto constituições escritas quanto não escritas e deteriorar ou aperfeiçoar a democracia liberal. Tais mudanças frequentemente ocorrem sob a forma de ECs – mas são *emendas* apenas no nome. De acordo com o autor, essas

mudanças destroem o núcleo da Constituição e dão-lhe um novo propósito. A própria Constituição pode não ser substituída no sentido formal, mas a sua identidade, direitos ou estrutura não escapam à mudança sem modificações substanciais. Este é o fenômeno que identifico como desmembramento constitucional. É uma transformação constitucionalmente contínua que pode ocorrer repentinamente num momento de desconstrução constitucional ou gradualmente por erosão ou acréscimo; pode ocorrer tanto com Constituições codificadas como não codificadas; e pode ocorrer com o efeito de melhorar ou deteriorar a democracia liberal. Essas alterações são feitas utilizando as regras ordinárias de emenda constitucional e são frequentemente descritas como alterações ou mesmo, por vezes, como novas

⁵ No original: “dismemberment is a self-conscious effort perceived as the unmaking of the constitution with recourse to the rules of constitutional alteration. A dismemberment introduces a change that is incompatible with the constitution’s existing framework and purpose. A dismemberment introduces a transformative change to the constitution, but it does not produce a new constitution because, as a matter of form, the constitution remains what it was prior to the change, except to the extent of the change itself. The theory of constitutional dismemberment accordingly does not recognize a new constitution until a new constitution is in fact self-consciously adopted by the relevant political actors choosing to launch and successfully complete the formal constitution-making process for that purpose”.

Constituições. Mas são emendas apenas no nome. Conceitualmente, elas são mais bem entendidas como desmembramentos (Albert, 2018, p. 39, tradução nossa)⁶.

Um DC altera um ou mais elementos essenciais de uma Constituição, especificamente seus direitos, estrutura ou identidade. Apesar de reconhecer que tais categorias estão relacionadas, o autor (Albert, 2018, p. 39-49) destaca que num nível mais alto de abstração é possível distingui-las, assim como seria possível distinguir DCs de simples ECs. O desmembramento de um direito fundamental envolve a revogação ou a substituição de um direito protegido pela Constituição – não qualquer direito fundamental, mas um direito fundamental basilar para a comunidade política. Um desmembramento da estrutura constitucional implica romper com o modo como a Constituição distribui e organiza o poder político, como equilibra os poderes constituídos e como disciplina o exercício da autoridade. E um desmembramento da identidade de uma Constituição resulta na extinção de um compromisso essencial ou na sua substituição por um compromisso não equivalente a um direito precípua, nem mesmo relacionado à estrutura constitucional. Isso diz respeito a valores constitucionais que fundamentam qualquer regime: eles ajudam a ranquear as normas jurídicas, os princípios morais e os compromissos políticos do regime uns em relação aos outros, bem como informam as escolhas que os atores políticos fazem e influenciam como os juízes interpretam a Constituição. Depois de apresentar exemplos de desmembramentos de direitos fundamentais e da estrutura e identidade constitucional, o autor cita casos ocorridos em países como Barbados, Belize, Brasil, Canadá, República Dominicana, Guiana, Irlanda, Itália, Jamaica, Japão, Nova Zelândia, Reino Unido e EUA.

Albert (2018, p. 49-51) demonstra por que DCs se distinguem de ECs. O critério distintivo entre ambos é a consciência dos atores políticos relevantes e do povo no tempo em que a mudança é feita; o que importa é o quão diferente uma Constituição emendada ou desmembrada será quando comparada com o seu entendimento, pois um DC é, antes de tudo, um esforço autoconsciente para repudiar uma característica essencial da Constituição e dismantelar uma de suas partes fundamentais, ao mesmo tempo em que se cria uma nova fundação, com raízes em princípios distintos dos anteriores. A teoria do DC não representa uma compreensão normativa da Constituição e preocupa-se menos em defender a democracia liberal que respeitar uma Constituição como convencionalmente era concebida em dado momento; importam o acordo constitucional vigente e como são feitas as mudanças. O DC não tem uma visão prévia do que uma Constituição deve fazer,

⁶ No original: “These changes destroy the core of the constitution and breathe a new purpose into it. The constitution itself might not be replaced in the formal sense but its identity, rights, or structure does not escape the change without substantial modification. This is the phenomenon I identify as a constitutional dismemberment. It is a constitutionally continuous transformation that can occur suddenly in a bigbang moment of constitution-unmaking or gradually by erosion or accretion; it can occur to constitutions both codified and uncoded; and it can occur with the effect of either enhancing or deteriorating liberal democracy. These changes are made using the ordinary rules of amendment, and are often described as amendments or even sometimes as new constitutions. But they are amendments in name alone. Conceptually, they are best understood as dismemberments”.

consolidar ou proteger; em vez disso, define os compromissos e a compreensão de uma ordem constitucional e, com esteio neles, avalia se a mudança constitucional rompe com essa base a ponto de representar o desmembramento de um direito fundamental, da estrutura da Constituição ou de sua identidade. Tal desmembramento pode fortalecer a democracia liberal ou enfraquecê-la – e a principal questão para a teoria do DC não é se uma EC aprimora ou deteriora valores liberais.

Para o autor (Albert, 2018, p. 52-54), a regra da mutualidade é a prescrição central da teoria do DC para novas constituições. Ela combina *designs* modernos das regras de mudança constitucional com elementos básicos das constituições que distinguem entre EC e DC. Essa combinação gera uma estrutura escalonada de regras que disciplinam o procedimento de mudança constitucional. Sua dificuldade varia de acordo com o conteúdo da proposta: quanto mais significativa for a mudança, mais oneroso será seu procedimento; e o grau de dificuldade cresce em função do apoio popular necessário para aprovar a mudança. No último nível da escala de dificuldade, a regra da mutualidade requer simetria entre o procedimento requerido para desmembrar o texto constitucional e o procedimento seguido para sua elaboração. A teoria do DC privilegia a evolução e a transformação constitucional enquanto se mantém a vigência formal da Constituição. E permite que grandes e pequenas transformações constitucionais possam ocorrer no interior do mesmo regime constitucional, mas sem exigir que os atores políticos e o povo substituam a Constituição vigente. Logo, o grande desafio proposto pela teoria é a forma como se elaborarão as regras constitucionais disciplinadoras desse procedimento, a fim de permitir que mudanças constitucionais transformadoras ocorram sem substituir um texto constitucional por outro.

Com isso, Albert (2018, p. 56-59) pretende redimir a teoria do poder constituinte. Da perspectiva tradicional sobre ela, mudanças transformadoras somente poderiam ser realizadas pelo poder constituinte originário, o que implica substituir a Constituição vigente. A regra da mutualidade salvaria DCs declarados inconstitucionais, desde que se adotasse o procedimento de elaboração do texto constitucional e que fossem concomitantemente observados os fatores da diferenciação, da unificação, da simetria e da variabilidade. O primeiro fator determina que, se os limites ao poder de reforma da Constituição forem menos rigorosos que os impostos ao poder constituinte originário, o procedimento a ser adotado por um DC deverá ser mais difícil que o imposto para meras ECs. O segundo reconhece que os limites impostos ao poder de reforma de uma Constituição possam ser iguais aos impostos ao poder constituinte originário, de modo que em tais sistemas o DC poderá seguir o procedimento previsto para as ECs. O fator da simetria, por sua vez, adota o procedimento de elaborar uma Constituição tida como ideal; por esse motivo, o DC deve seguir o mesmo *quantum* utilizado para sua elaboração. Por fim, o fator da variabilidade, em complemento às exigências do fator da simetria, confirma que pode haver DC com a adoção de um procedimento menos dificultoso que o seguido pelo poder constituinte originário, caso ele seja reconhecido como legítimo pela sociedade e pela elite jurídica de um país. Por conseguinte, com a presença do fator da variabilidade em determinado contexto,

o DC poderá ser feito segundo um procedimento menos árduo que o adotado pelo poder constituinte originário. Se faltar o fator da variabilidade, o DC só se poderá realizar desde que se obedeça ao procedimento trilhado pelo poder constituinte originário.

A distinção entre EC e DC por ele elaborada (Albert, 2018, p. 60-62) ajudaria a responder a três questões fundamentais para a atual literatura do Direito Constitucional Comparado: a) a forma como as regras de mudança constitucional devem ser elaboradas a fim de evitar a degeneração da democracia liberal; b) se juízes e tribunais devem ter competência para anular ECs consideradas incompatíveis com a Constituição em vigor; e c) se e como as constituições devem ser elaboradas para durarem mais. Sobre o problema da degeneração da democracia liberal há hoje uma profusão de estudos destinados a investigar como a teoria constitucional pode fornecer respostas para evitar que atores políticos utilizem as regras que disciplinam o processo de EC para dismantelar a ordem liberal democrática; contudo, a teoria não teria sido bem-sucedida ao oferecer respostas ao problema da degeneração da ordem.

A ambição para constringer mudanças constitucionais para salvar a democracia liberal é admirável, reconhece Albert (2018, p. 62-66), mas trata-se de uma ambição normativa que não é comum a todas as constituições – ou, pelo menos, não deveria sê-lo. Nem a Constituição, nem o constitucionalismo precisam estar vinculados aos valores da democracia liberal. Constituições são embarcações desprovidas de qualquer orientação moral ou ideológica – podem inclusive aspirar a valores autoritários. Conforme a proposta teórica de Oran Doyle, em vez de acreditar na existência de uma ordem de valores liberais intrínseca às constituições e ao constitucionalismo, melhor seria que mudanças constitucionais resultassem da interação do povo com seus representantes. É justamente isso o que a teoria do DC oferece por meio da regra da mutualidade: o que importa é o grau de apoio popular à mudança, não o seu conteúdo.

Quanto ao papel dos tribunais, Albert (2018, p. 66-73) sustenta que a teoria do DC impede o problema da *juristocracia* definido por Ran Hirschl, pois o papel dos tribunais seria cataclítico, não obstrutivo. Eles desempenham importante função na revisão da constitucionalidade das mudanças constitucionais, mas devem adotar uma postura defensiva, colaborativa e construtiva em relação aos atores das mudanças, não um papel de confronto. Uma simples maioria judicial seria insuficientemente autoritativa em termos políticos para persuadir os atores das mudanças; em contrapartida, votações unânimes seriam mais persuasivas. Um julgamento unânime desfavorável a uma mudança constitucional retornaria ao parlamento com um peso muito maior para que a mudança fosse de fato confirmada. Isso também incentivaria os tribunais ao acordo sobre os principais pontos-chave que eles acreditam que o povo e seus representantes devam levar em conta antes de promoverem a mudança transformadora. Por outro lado, quanto ao problema da descontinuidade legal, Estados com tradição de longa vigência de textos constitucionais encontrariam importantes recursos na teoria do DC, pois a teoria do DC oferece um modo de legitimar mudanças constitucionais sem quebrar a vigência formal dos textos constitucionais; o DC pode, assim, promover a

resistência constitucional no sentido formal. E a resistência constitucional que a teoria do DC fornece poderia, em última análise, servir ao importante interesse da estabilidade constitucional.

A principal preocupação do autor (Albert, 2018, p. 73-81) não é se uma Constituição deve durar, mas sim como ela pode ser reforçada para ser resiliente em períodos de embate – por isso é importante distinguir *duração* e *resistência*. Com base na construção de Xenophon Contiades e Alkmene Fotiadou, o autor afirma que *resiliência constitucional* significa a capacidade de uma Constituição adaptar-se às dificuldades e manter seu propósito central. A resiliência constitucional pressupõe que uma Constituição tenha sofrido choques e sobrevivido a eles; não está diretamente relacionada à *duração* temporal da vigência formal de um texto constitucional, pois a resiliência tem a ver com a resistência ao choque, e não com resistência ao tempo. O conceito de *resiliência constitucional* incorpora quatro fatores: a) a continuidade legal; b) a continuidade funcional; c) um texto e um propósito duradouros; e d) o distanciamento temporal. Ou seja: a) uma Constituição resiliente pode sobreviver a choques internos ou externos ao regime; b) uma Constituição resiliente manterá, além da vigência formal, a continuidade funcional (o que significa dizer que seu propósito central será alcançável mesmo quando confrontado); c) quando confrontados com um choque interno ou externo, o propósito e o texto da Constituição permanecem (a resistência textual não é suficiente, mas é fator necessário à resiliência das constituições); e d) ao contrário da *resistência* constitucional, que é limitada no tempo, a *resiliência* constitucional mede-se em relação à continuidade do desempenho das suas funções em face do desastre.

O DC ressalta a ideia de *resiliência* (Albert, 2018, p. 81-82), que oferece às constituições uma forma de manter sua vigência formal em casos de mudanças constitucionais internas ou externas à ordem constitucional. A regra da mutualidade, por sua vez, atuaria como mecanismo à disposição dos atores políticos para salvar a Constituição num período de crise ou de emergência sem o recurso a procedimentos anticonstitucionais ou extraconstitucionais. O DC também se destaca temporalmente, pois seu objetivo não é privilegiar a perenidade no tempo, mas privilegiar a vigência formal e prolongar a vida útil de uma Constituição. Quanto ao segundo e ao terceiro fatores, porém, a resiliência constitucional e o DC divergiriam em seus fundamentos normativos: a resiliência constitucional é orientada, sobretudo, para manter o propósito da Constituição após um choque, ao passo que o DC reconhece que o propósito de uma Constituição pode mudar – e talvez deva mudar – quando confrontado por um evento cataclísmico que não pode deixar de mudar o próprio texto constitucional. A regra da mutualidade, na teoria do DC, dá ao povo e aos atores políticos um roteiro para fazer mudanças constitucionais transformadoras na estrutura constitucional existente de forma que preserve a vigência formal do texto constitucional, mas que não precise preservar o propósito original da Constituição. O DC acomoda alterações no propósito fundamental de uma Constituição e cria um modo de legitimar essas alterações. Em contraste, a teoria da resiliência constitucional privilegia o propósito de uma Constituição, seja ele qual for.

3 Considerações críticas de Bernal Pulido, Roznai e Landau

Como já se mencionou, assim que publicado o texto de Albert ganhou a atenção da comunidade acadêmica. Exemplo disso foi o debate sobre o DC promovido pelo *Yale Journal of International Law*. Alguns dos principais nomes do Direito Constitucional Comparado dedicaram-se a analisar a proposta de Albert. Reunindo textos de Carlos Bernal Pulido, Yaniv Roznai e David Landau, esse debate revela não apenas o impacto causado pela categoria conceitual do DC como também alguns de seus pontos controversos. Nele Bernal Pulido (2018) levanta sete objeções à categoria conceitual do DC.

Em primeiro lugar, a palavra *desmembramento* teria uma conotação negativa que a vincularia à imagem de destruição. Por essa razão, para Bernal Pulido (2018), soariam estranhos os usos do termo para referir-se a ECs que aperfeiçoam o constitucionalismo democrático, como o foram as ECs posteriores à Guerra Civil nos EUA.

Em segundo lugar, destaca que é altamente questionável o propósito de Albert de desenvolver uma categoria conceitual partindo de bases puramente descritivas e normativamente neutras porque: a) seria preciso pressupor referências normativas para a própria classificação de uma EC como DC, e não como uma simples EC; e b) a longevidade dos textos constitucionais seria desejável, razão pela qual o autor afirma que a inclusão do DC na gramática das constituições modernas seria benéfica ao constitucionalismo, de modo que nem mesmo a sua almejada análise puramente descritiva abriria mão de elementos normativos.

Em terceiro lugar, Bernal Pulido contesta a própria teoria do poder constituinte que Albert pretende resgatar, partindo da crítica de autores como Carlos Santiago Nino e David Dyzenhaus ao potencial desestabilizador dessa categoria conceitual. Por essa razão, questiona se de fato a teoria do poder constituinte mereceria ser salva. Mesmo que a ressurreição dessa teoria fosse desejável, não estaria claro se a regra da mutualidade atenderia a esse fim, pois, dado o *pedigree* antidemocrático de muitas constituições, facilmente o que foi considerado manifestação do poder constituinte em determinado momento histórico poderia não ser considerado num momento posterior.

Em quarto lugar, afirma que Albert atribui à regra da mutualidade um papel que ela não pode desempenhar; ela seria uma diretiva normativa, mas não passaria de mera garantia epistemológica, pois garantiria apenas as condições nas quais o poder constituinte empreendeu um DC, mas nada diria sobre a legitimidade democrática da sua obra.

Em quinto lugar, as pretensões normativas de Albert supervalorizariam a longevidade dos textos constitucionais. Por mais desejável que isso seja, pode ser prejudicial ao constitucionalismo insistir na manutenção da vigência de textos constitucionais que não mais atendam aos reclamos de uma sociedade. Nessas circunstâncias, melhor seria que entrasse em cena o poder constituinte originário, mais apto que o DC à legitimação democrática de uma sociedade.

Em sexto lugar, para a teoria do DC, juízes constitucionais não poderiam julgar a constitucionalidade de DCs desde que se realizassem de acordo com a regra da mutualidade, mesmo que eles destruam o constitucionalismo democrático. Dessa maneira, a teoria do DC não seria capaz de defender suficientemente bem o constitucionalismo democrático; juízes podem e devem invalidar mudanças constitucionais formais quando elas pretendem abolir os direitos fundamentais de uma Constituição, o Estado de Direito e a separação de Poderes e transformar uma ordem constitucional num sistema de Constituição sem constitucionalismo. Para manter esse controle, os juízes deveriam estar atentos aos requisitos exigidos pela democracia deliberativa: quanto mais uma EC tiver sido elaborada de acordo com os padrões exigidos por ela, menos intenso deverá ser o controle jurisdicional de constitucionalidade sobre ela; por outro lado, quanto menos tiverem sido atendidos os requisitos da democracia deliberativa durante o processo de elaboração de uma EC, mais intenso deverá ser o controle jurisdicional de constitucionalidade a ser exercido sobre ela.

Por fim, Bernal Pulido (2018) afirma que a categoria conceitual do DC visa salvar a teoria do poder constituinte ao pretender promover a longevidade de textos constitucionais formais; contudo, Albert teria errado o alvo, pois na verdade a doutrina das ECs inconstitucionais deveria salvar o constitucionalismo democrático. Para clarificar seu argumento, destaca que a categoria conceitual do DC pode mascarar ou legitimar episódios de constitucionalismo autoritário. Dessa forma, Bernal Pulido (2018) sustenta que a teoria constitucional deveria traçar diretrizes úteis para a preservação dos elementos essenciais de uma Constituição democrática durante os processos de mudança constitucional. Da sua perspectiva, a teoria do DC ficaria aquém desse objetivo.

Roznai (2018) também questiona a terminologia escolhida por Albert. Para ele, a expressão *desmembramento constitucional* não descreveria com precisão o fenômeno. Da sua perspectiva, *desmembramento* seria o ato de cortar, rasgar, puxar ou remover os membros de um ser vivo, de modo que o termo teria uma conotação negativa que reconhecidamente Albert não almeja. Ademais, o termo enfatizaria a destruição de uma Constituição e, assim, descreveria apenas uma face do fenômeno: a aprovação de um DC não só destruiria a Constituição vigente mas também construiria uma nova, a despeito da manutenção da sua vigência formal. Para Roznai (2018), o termo *desmembramento* não abrangeria o último aspecto do fenômeno.

A segunda crítica relaciona-se ao fato de Albert concentrar-se apenas nas mudanças constitucionais ocorridas por meio de ECs. Roznai (2018) sustenta que uma Constituição pode ser alterada por formas diversas, como decisões judiciais ou práticas governamentais. Esses casos mereciam uma análise mais aprofundada, sobretudo em vista de seus efeitos sobre o sistema constitucional. Ou seja, a teoria do DC devia ter sido mais bem desenvolvida para lidar com mudanças constitucionais semelhantes às que ocorrem mediante processos informais.

Quanto à regra da mutualidade, Roznai (2018) considera-a o cerne da proposta teórica de Albert – um princípio que deveria nortear o desenho de novas constituições para

autorizar DCs e, com isso, contribuir para sua longevidade. Porém, destaca que a ideia de procedimentos formais distintos de reforma constitucional não é nova na história do constitucionalismo moderno: ao menos desde a Assembleia Nacional francesa que elaborou a Constituição de 1791, a criação de diferentes procedimentos de mudanças constitucionais já era defendida por Nicolas Frochot. Assim, por mais que se acredite em que a regra da mutualidade seja uma grande contribuição para a literatura sobre desenhos institucionais e para a teoria constitucional, a proposta de tratar separadamente ECs de DCs não seria capaz de impedir a manifestação do poder constituinte originário, que, por ser incondicionado, não se submete a procedimentos constitucionais estabelecidos para alterar formalmente constituições vigentes, já que o povo sempre pode substituir uma Constituição pela via de novos processos constituintes e romper a vigência de um texto constitucional no momento de manifestação do poder constituinte originário. Por essa razão, julga que Albert não teria sido capaz de resolver o desafio imposto pela radical habilidade do poder constituinte originário para romper as fronteiras constitucionais preestabelecidas. Ao afirmar que a regra da mutualidade deve operar onde a Constituição for omissa, Albert consentiria na continuidade da vigência formal de uma Constituição: se dela não consta mandamento que permita desmembrá-la, qualquer alteração em seu texto segundo a regra da mutualidade seria equivalente a um rompimento constitucional e, portanto, ilegal. Em síntese, Albert teria dispensado pouca atenção à legalidade dos DCs.

Por fim, a crítica ao papel destinado por Albert aos tribunais diante de DCs. Para Roznai (2018), seria difícil levar a sério a ideia de DC sem que se atribua aos tribunais competência para apreciar o mérito de todas as propostas formais de mudança constitucional. A existência de dois procedimentos de alteração formal das constituições – por meio de ECs e por meio de DCs – exigiria que aos tribunais fosse conferida competência para averiguar em que categorias as propostas de mudança constitucional se enquadrariam, o que implicaria reconhecê-los competentes para exercer o controle jurisdicional de constitucionalidade formal e material tanto das ECs quanto dos DCs para que as mudanças constitucionais pretendidas pelos atores políticos pudessem seguir os procedimentos devidos.

Landau (2018) é outro autor que apresentou suas considerações críticas à categoria conceitual do DC. Seu principal objetivo é salvaguardar a doutrina das ECs inconstitucionais do ataque feito por Albert, sustentando sua importância num mundo com preocupações normativas. De acordo com ele, Albert critica a divisão entre poder constituinte e poderes constituídos sobre a qual se assenta a doutrina das ECs inconstitucionais e afirma que a crítica de Albert à distinção rígida entre poder constituinte e poderes constituídos, com suas respectivas áreas de atuação bem delimitadas, concentra-se no estímulo conferido pela doutrina das ECs inconstitucionais à elaboração de novos textos constitucionais, pois ela permitiria aos tribunais invalidar mudanças constitucionais pretendidas pelos atores políticos, prejudicando a estabilidade requerida pelo constitucionalismo. Para ele, Albert propõe procedimentos formais de alteração da Constituição escalonados de acordo com o grau de dificuldade mais rigoroso para alterar determinadas partes de um texto

constitucional: quanto mais fundamentais fossem os valores objeto de mudança constitucional, mais oneroso deveria ser o procedimento para a sua alteração.

No entanto, questiona o autor (Landau, 2018): o que deveriam fazer os tribunais quando não fossem escalonadas as regras que disciplinam o processo de mudança constitucional? Para ele, diante de tais situações, ficaria claro que na verdade são muito semelhantes os procedimentos formais escalonados para alterar a Constituição de acordo com a matéria objeto de mudança e a doutrina das ECs inconstitucionais. Isso ocorre porque a doutrina das ECs inconstitucionais permite que os tribunais desenvolvam uma forma relativamente grosseira de hierarquização inferida da Constituição, exigindo de fato que certas mudanças na estrutura básica ou nos valores centrais de uma Constituição sejam mais difíceis de acontecer do que ECs cujo objeto não sejam matérias afetas à estrutura básica ou aos valores centrais da Constituição. Diante de situações em que se pretenda alterar matérias afetas à estrutura básica ou aos valores centrais de uma Constituição, Albert propõe a adoção de dois princípios orientadores: o primeiro, de ordem procedimental, é a regra da mutualidade, que exige a adoção de um procedimento semelhante ao adotado para a elaboração do próprio texto constitucional pelo poder constituinte originário; e o segundo, de ordem comportamental, diz respeito à postura a ser adotada por juízes e tribunais nessas situações – e enfatiza que o seu papel deveria ser construtivo em vez de proibitivo, e, portanto, especialmente consultivo, embora decisões judiciais unânimes ou esmagadoras devam receber tratamento especial.

Landau (2018) sustenta que a doutrina das ECs inconstitucionais, como praticada na maioria dos países, está próxima de atender aos critérios de Albert. Em primeiro lugar, ela satisfaria à regra da mutualidade, pois mudanças de normas centrais das constituições geralmente passariam por um processo similar ao de elaboração do próprio texto constitucional – a indicar, portanto, que, caso os atores políticos utilizassem a regra da mutualidade, não estaria claro como o seu comportamento se distinguiria do comportamento atualmente já observado. Em segundo lugar, o papel de juízes e tribunais não deveria ser visto como simplesmente proibitivo ou constituído apenas de uma palavra final sobre questões fundamentais. No marco da doutrina das ECs inconstitucionais, seu papel seria mais semelhante ao de um quebra-molas: juízes e tribunais não são capazes de impedir definitivamente que certas mudanças constitucionais ocorram. No máximo, eles retardam a velocidade de alterações de elementos centrais da Constituição. Assim, seu papel na prática não seria tão distinto do papel que lhes é atribuído por Albert. Ademais, seria difícil evitar que juízes e tribunais não ocupassem uma posição de destaque, mesmo quando uma Constituição contivesse procedimentos distintos para a alteração formal do seu próprio texto de acordo com a matéria objeto de mudança; inevitavelmente juízes e tribunais seriam chamados a arbitrar conflitos para determinar o procedimento adequado a cada circunstância, à luz da matéria objeto de mudança.

Argumenta Landau (2018) que a teoria de Albert é normativa, mesmo que ele afirme pretender construir uma categoria conceitual puramente descritiva; falaria por si só a sua

opção por privilegiar a longevidade da vigência formal de textos constitucionais escritos. Landau (2018) também critica a neutralidade de Albert quanto às formas de DCs: o desmembramento de uma Constituição autoritária não deveria ser equiparado ao desmembramento de uma Constituição democrática liberal, pois exigir padrões mais rígidos para desmembrar uma Constituição autoritária inevitavelmente prolongaria a repressão em detrimento da vontade popular. Landau (2018) salienta que seus trabalhos recentes têm procurado demonstrar a importância da doutrina das ECs inconstitucionais para proteger a ordem constitucional liberal de ameaças autoritárias. Exemplificativo nesse sentido é o conceito por ele construído de *constitucionalismo abusivo* (Landau, 2013). Por essas razões, ressalta que a categoria conceitual do DC tem o mérito de descrever um fenômeno verdadeiramente global em seu escopo; porém, as implicações normativas dessa prática podem variar bastante, a depender do ponto do qual se parta. Landau (2018) termina suas considerações afirmando que a análise de Albert servirá como base para muitos trabalhos futuros sobre as formas e implicações de mudanças constitucionais. É justamente isso que se pretende construir na próxima seção.

4 Nossas considerações críticas

Constata-se de tudo quanto até aqui se comentou que Albert (2018), com a categoria conceitual do DC, pretende superar ao mesmo tempo a teoria clássica do poder constituinte e a visão tradicional da doutrina das ECs inconstitucionais; no entanto, apesar de esforçar-se nesse sentido, é incapaz de romper com essas leituras e, ao tentar fazê-lo, acaba recaindo em contradição performativa insuperável.

Em primeiro lugar, o que ensejou a criação da categoria conceitual do DC foi a alegada existência de um vazio conceitual na teoria clássica do poder constituinte. Ao delimitar as áreas de atuação do poder constituinte originário e dos poderes constituídos, essa teoria seria incapaz de lidar com ECs que fossem mais que uma simples ECs e menos que um novo texto constitucional. Daí a necessidade de conceituação do DC para expressar o processo de desfazimento de uma Constituição sem o rompimento da vigência do texto constitucional. Contudo, DCs somente se endereçariam a novos textos constitucionais que contivessem a chamada regra da mutualidade, dada a dificuldade imposta pela resistência ao duplo processo de EC, conceituado pela teoria constitucional como um caso de fraude à Constituição.

Ora, se as coisas são assim, há um problema teórico insuperável na teoria do DC: como um DC somente poderia ser realizado de acordo com a regra da mutualidade e como a regra da mutualidade é destinada apenas a novos textos constitucionais, o povo e os atores políticos que, em determinado momento, estivessem determinados a desmembrar a sua Constituição atuariam de acordo com os termos estabelecidos pelo próprio poder constituinte originário, não se distinguindo, portanto, das limitações estabelecidas pela teoria

clássica do poder constituinte à atuação dos poderes constituídos. Ou seja: o próprio poder constituinte originário determina o procedimento para a realização de DCs.

Como encontram limites preestabelecidos pelo poder constituinte originário, os DCs são constituídos por ele. Com isso, perde sentido a afirmação de Albert (2018) de que os DCs introduziriam mudanças incompatíveis com a estrutura e o propósito de uma Constituição existente: ao permitir seu próprio desmembramento, jamais se romperia com o propósito ou a estrutura de uma Constituição, já que as mudanças seriam por ela permitidas desde o nascedouro. Mudanças constitucionais desse tipo seriam um problema somente para constituições de que não constasse a previsão de um procedimento de alteração distinto do procedimento de EC. Assim, por já estar previsto pela Constituição, um DC jamais seria contrário aos seus elementos fundamentais, pois eles próprios seriam passíveis de superação desde a entrada em vigor do texto.

Em segundo lugar, pressupondo elementos constitucionais mais basilares que outros no interior de constituições escritas, a proposta teórica de Albert (2018) não se distingue da leitura tradicional da doutrina das ECs inconstitucionais cujas raízes se encontram na teoria de Schmitt, para quem a Constituição se diferenciaria das leis constitucionais: as leis constitucionais poderiam ser alteradas, ao contrário da Constituição propriamente dita. Segundo Schmitt (2011), a Constituição como decisão política fundamental sobre o modo e a forma da unidade política não poderia ser alterada pelos poderes constituídos, ao contrário das leis constitucionais – isto é, de todos os dispositivos de uma Constituição que não dissessem respeito à decisão política fundamental. Com base nessa construção teórica diferenciam-se áreas mais e menos fundamentais de uma Constituição: as primeiras, por consistirem em matérias essenciais a um texto constitucional, não poderiam ser alteradas por ECs; e as segundas, por não tratarem de matérias essenciais, poderiam ser emendadas.

Isso se evidencia no objeto dos DCs apontado por Albert (2018): os direitos mais fundamentais de uma Constituição, sua estrutura e sua identidade. Por meio dessa classificação, ele pressupõe uma hierarquia entre dispositivos constitucionais que integram o texto de uma mesma Constituição. Se esses dispositivos que integram áreas essenciais da Constituição não podem ser restringidos ou abolidos (ao contrário dos dispositivos que não pertencem a essas áreas), isso indica que no interior do próprio texto constitucional há dispositivos normativos de hierarquia distinta – o que é incompatível com um sistema de Constituição rígida. Assim, há uma hierarquia entre os dispositivos que compõem o texto constitucional, conforme Albert, Schmitt e a doutrina tradicional das EC inconstitucionais. Como não se explicita o critério utilizado para essa hierarquização no interior das próprias constituições, não resta senão concluir que Albert (2018) recepciona irrefletidamente a tese schmittiana de um núcleo mais significativo que o restante da Constituição. Ao fazê-lo, admite a existência na própria teoria de preferências relativas a determinadas matérias contidas numa Constituição, mesmo que a todo o momento se tenha preocupado em construir uma categoria conceitual puramente descritiva. Como destaca Oliveira (2021, p. 15-16), isso ressalta que é impossível cindir teoria e prática, normatividade jurídico-constitucional e realidade

político-social; enfim, trata-se de um enfoque estritamente jurídico-normativo (dever-ser) ou de um enfoque puramente sociopolítico (ser), pois o sentido de uma Constituição e seu papel em dado contexto histórico-espacial somente podem ser apreendidos se se levam em consideração as disputas interpretativas pelos sentidos normativos constitucionais na facticidade dos processos econômicos, políticos e sociais.

Mas não é só. Ao pretender construir uma categoria conceitual que admite tanto a perseguição de dogmas autoritários quanto dos valores liberais democráticos, Albert (2018) consente na possibilidade de uma Constituição servir de instrumento para se concentrem poderes e se aniquilarem liberdades. Contudo, não se pretende com isso dizer que só a ordem liberal democrática seja capaz de instituir um regime constitucional, cujo poder político esteja organizado de maneira limitada e seja propício à vivência das liberdades. Longe disso; o ponto é outro. Uma categoria conceitual da teoria constitucional que objetiva conter o exercício arbitrário do poder político não pode funcionar como instância de legitimação desse poder exercido de maneira arbitrária e ilimitada, pois tal uso do poder político nega justamente a ideia de Constituição pressuposta pela própria teoria de Albert (2018), a qual, como se viu, almeja servir de alternativa para a realização de DCs.

5 Conclusão

Apresentou-se de forma sucinta tanto o modo como Albert propõe e situa a categoria conceitual do DC quanto o debate provocado por sua proposta no âmbito do Direito Constitucional Comparado. Foi possível levantar objeções críticas à validade teórica da categoria conceitual do DC, ao se revelar sua incapacidade para lidar com os fenômenos por ela descritos e com os seus próprios propósitos, uma vez que nada consegue inovar, seja em relação à teoria clássica do poder constituinte, seja em relação à doutrina tradicional das ECs inconstitucionais. O presente trabalho lança, por fim, um alerta contra as pretensões de uso dessa categoria conceitual para denunciar ataques ao conteúdo compromissório e socioeconômico da CRFB, como o tem feito parcela da doutrina constitucional, que recepcionou uma teoria desprovida de qualquer pretensão de ter no constitucionalismo democrático uma bandeira de suas reivindicações.

Referências

ALBERT, Richard. Constitutional amendment and dismemberment. *Yale Journal of International Law*, [New Haven, CT], v. 43, n. 1, p. 1-84, 2018. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/6721>. Acesso em: 14 maio 2024.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *The rule of law in Brazil: the legal construction of inequality*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2022. (The Rule of Law in Context, v. 2).

BERNAL PULIDO, Carlos. On constitutional dismemberment. *Yale Journal of International Law*, [New Haven, CT], Feb. 26, 2018. Disponível em: <https://www.yjil.yale.edu/on-constitutional-dismemberment/>. Acesso em: 14 maio 2024.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, [Davis, CA], v. 47, n. 1, p. 189-260, Nov. 2013. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/Articles/47-1_Landau.pdf. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. Rescuing the unconstitutional constitutional amendment doctrine: a reply to Richard Albert. *Yale Journal of International Law*, [New Haven, CT], Feb. 26, 2018. Disponível em: <https://www.yjil.yale.edu/rescuing-the-unconstitutional-constitutional-amendment-doctrine-a-reply-to-richard-albert/>. Acesso em: 14 maio 2024.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Constitutional erosion in Brazil: progresses and failures of a constitutional project*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2021. (Constitutionalism in Latin America and the Caribbean, v. 1).

MURPHY, Walter F. Merlin's memory: the past and future imperfect of the once and future polity. In: LEVINSON, Sanford (ed.). *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1995. p. 163-190.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Contribuições para uma teoria crítica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

PAIXÃO, Cristiano; BENVINDO, Juliano Zaiden. "Constitutional dismemberment" and strategic deconstitutionalization in times of crisis: beyond emergency powers. *I-CONnect*, [Oxford, UK], 24 Apr. 2020. Disponível em: <https://www.iconnectblog.com/constitutional-dismemberment-and-strategic-deconstitutionalization-in-times-of-crisis-beyond-emergency-powers/>. Acesso em: 14 maio 2024.

ROZNAI, Yaniv. Constitutional amendment and "fundamendment": a response to Professor Richard Albert. *Yale Journal of International Law*, [New Haven, CT], Feb. 26, 2018. Disponível em: <https://www.yjil.yale.edu/constitutional-amendment-and-fundamendment-a-response-to-professor-richard-albert/>. Acesso em: 14 maio 2024.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2011.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii