

QUATRO CONSTITUIÇÕES INCONSTITUCIONAIS E SUAS FUNDAÇÕES DEMOCRÁTICAS¹

Richard Albert²

O fascínio provocado pelo fenômeno global das emendas constitucionais inconstitucionais suscitou a questão: constituições podem ser inconstitucionais? Declarar uma constituição inteira inconstitucional parece diferir em tipo e em grau da declaração de inconstitucionalidade de uma única emenda que viole o cerne de uma constituição, o que já é uma ação extraordinária. Neste artigo, exemplifico e analiso quatro diferentes concepções de uma constituição inconstitucional. Cada concepção é extraída de uma constituição atualmente em vigor ao redor do mundo, nomeadamente as constituições do Canadá, do México, da África do Sul e dos Estados Unidos. Apesar da inconstitucionalidade em diferentes sentidos do conceito, cada constituição está fundada em princípios democráticos. A força desses fundamentos, no entanto, varia em cada caso.

I- Uma Constituição Inconstitucional?

O mais fascinante conjunto de questionamentos em direito público comparado hoje é se, com base em quê, e por quem uma emenda constitucional pode ser declarada inconstitucional³. Em alguns

¹ Tradução de Matheus de Souza Depieri e Pedro Gonet Branco (Editores-chefes da RED|UnB). O original aparece em: Albert, Richard. *Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations*. 50 *Cornell International Law Journal* 169 (2017).

² William Stamps Farish Professor da University of Texas at Austin. E-mail: richard.albert@law.utexas.edu. Pelos comentários em um rascunho anterior, agradeço a Joshua Braver, Fruzsina Gárdos-Orosz, András Jakab, Kim Lane Scheppele, Holger Spamann, Zoltán Szenté e Mila Versteeg. Também foram importantes os feedbacks e as críticas construtivas de participantes de workshop na Faculdade de Direito do Boston College, na Academia Húngara de Ciências e na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Agradeço à equipe do *Cornell International Law Journal*, entre eles Rachael Hancock, Zack Feldman e Natalia San Juan, pelas valiosas contribuições editoriais a este artigo. Agradeço ao generoso apoio do Fundo Nicholson da Faculdade de Direito do Boston College.

³ Para relatos recentes sobre o tema, Cf. Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (2017); Richard Albert, *Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions*, in Edward Elgar *Handbook on Comparative Constitution-Making* (David Landau & Hanna Lerner, eds., 2017); Richard Albert, *The Unamendable Core of the United States Constitution*, in *Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression* (Andraás Koltay, ed., 2015); Rosalind Dixon & David Landau, *Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment*, 13 *INT'L J. CONST. L.* 606 (2015); Yaniv Roznai, *The Theory and Practice of "Supra-Constitutional" Limits on Constitutional Amendments*, 62 *INT'L &*

países, como na Índia, Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais desenvolveram a doutrina da “estrutura básica” para invalidar, no âmbito do direito material, emendas constitucionais que cumpriam com todos os requisitos formais para uma mudança constitucional.⁴ Em outros países, como na Turquia, o texto constitucional só permite que os tribunais superiores analisem a constitucionalidade de emendas que apresentam defeitos procedimentais.⁵ Há países, como a França, em que a prevalência da soberania popular valida quaisquer emendas constitucionais que satisfaçam aos requisitos formais previstos na constituição e, conseqüentemente, não reconhecem a possibilidade de que emendas constitucionais possam ser inconstitucionais.⁶

A análise da constitucionalidade de emendas provoca um conjunto igualmente fascinante de questionamentos – que, embora similares, distinguem-se das questões anteriores – sobre se, com base em quê e por quem uma constituição pode ser declarada inconstitucional.⁷ Os dois conjuntos de questões estão relacionados na medida em que ambos devem superar a mesma objeção à ideia de que não existem fundamentos democráticos para a declaração de inconstitucionalidade de uma emenda.⁸ São diferentes, contudo, tanto em grau quanto em tipo, uma vez que a possibilidade de declarar uma constituição inteira inconstitucional atinge mais intimamente o núcleo do conceito de democracia constitucional e os requisitos democráticos que legitimam a criação de uma nova constituição. Embora existam argumentos razoáveis para invalidar certas emendas constitucionais por defeitos formais, materiais ou híbridos⁹, não

COMP. L.Q. 557 (2013); Carlos Bernal, *Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of Constitutional Replacement Doctrine*, 11 INT’L J. CONST. L. 339 (2013); Gábor Halmai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?*, 19 Constellations 182 (2012); Aharon Barak, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 44 ISR. L. REV. 321 (2011).

⁴ Cf. *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, (1981) 1 SCR 206; *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru v. Kerala*, (1973) 4 SCC 225 (India); *Golaknath v. State of Punjab*, (1967) 2 SCR 762.

⁵ *Constituição da Turquia*, pt. IV, tit. I, art. 178(1)–(2) (1982).

⁶ *Decisão da Corte Constitucional No. 92-312DC*, Sept. 2, 1992, Rec. 76 (Fr.). O mesmo vale nos Estados Unidos no que diz respeito à constituição federal. Cf. Richard Albert, *Nonconstitutional Amendments*, 22 CAN. J. L. & JURIS. 5, 32–38 (2009) (embora não necessariamente quanto às constituições dos estados subnacionais). Cf. Richard Albert, *American Exceptionalism in Constitutional Amendment*, 69 ARK. L. REV. 217 (2016).

⁷ O mais importante é o artigo de Gary Jacobsohn sobre a inconstitucionalidade na Índia e na Irlanda, apesar de ele tratar mais propriamente de emendas constitucionais inconstitucionais que de constituições inconstitucionais. Cf. Gary Jacobsohn, *An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective*, 4 INT’L J. CONST. L. 460 (2006).

⁸ Para uma das doutrinas e justificações teóricas mais importantes quanto à declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais no contexto específico da Constituição indiana, Cf. Sudhir Krishnaswamy, *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine* 164–229 (2009).

⁹ Em outro artigo, desenvolvi esses três fundamentos para se invalidar uma emenda constitucional. Cf. Richard Albert, *The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in*

há um roteiro bem definido para a declaração de inconstitucionalidade de uma constituição inteira.

A hipótese de uma constituição inconstitucional corre o risco de ser mal-entendida como implausível, sacrílega ou subversiva. Um jurista estritamente formalista poderia questionar como uma constituição que fora propriamente ratificada estaria em condições de ser declarada inconstitucional. Em uma perspectiva de veneração da constituição, a alegação de sacrilégio baseia-se na descrença de que a *nossa* constituição pudesse ser inconstitucional. Uma visão fundacionalista, por outro lado, pressupõe a constitucionalidade da constituição porque todas as outras leis derivam dela; sem uma constituição válida, não há fonte geradora de normas, o que é incogitável. Contudo, nenhuma dessas três respostas é satisfatória – consideradas individualmente ou em conjunto – para impedir que uma emenda seja considerada inconstitucional, como se vê na realidade das cortes, que comumente invalidam emendas constitucionais.¹⁰ No passado, invalidar uma emenda por violar o cerne da constituição era uma ação extraordinária, mas a crescente frequência dessas ações tornou a declaração de inconstitucionalidade de emendas algo relativamente comum na vida constitucional.

Evidentemente, uma constituição fictícia¹¹ é inconstitucional no sentido liberal democrático¹², é uma patologia que recorda o problema de constituições que não se fundam na cultura do constitucionalismo.¹³ Meu interesse aqui, no entanto, está nas constituições democráticas. Nosso ponto de partida é a multiplicidade de significados de inconstitucionalidade, conceito que ao mesmo tempo completa e compete com os eixos de *formalidade* constitucional, *valores* constitucionais, *democracia* constitucional e *legitimidade* constitucional. Neste artigo, desenvolvo esses diferentes significados de inconstitucionalidade para ilustrar quatro concepções de constituição inconstitucional. Cada concepção foi extraída da experiência de quatro tradições constitucionais, cada qual com a atual constituição codificada: as constituições do Canadá, do México, da África do Sul e dos Estados Unidos. O que se extrai disso não é que essas constituições devem ser declaradas inconstitucionais,

Canada, 41 QUEEN'S L.J. 153, 182–203 (2015).

¹⁰ Cf. Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea, 61 AM. J. COMP. L. 657, 670–710 (2013).

¹¹ (N.T.) “Sham Constitution”.

¹² Cf. David S. Law & Mila Versteeg, Sham Constitutions, 101 CAL. L. REV. 863, 880 (2013).

¹³ Cf. Richard Albert, The Cult of Constitutionalism, 39 FLA. ST. U. L. REV. 373, 382–83 (2012); Qianfan Zhang, A Constitution Without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China, 8 INT'L J. CONST. L. 950 (2010) (análise desse fenômeno na China).

mas que podemos nos valer dessas tradições constitucionais para entender o que poderia significar uma constituição inconstitucional. Apesar da inconstitucionalidade nos diferentes conceitos apresentados, as constituições analisadas baseiam-se em fundamentos democráticos. A força desses fundamentos, entretanto, varia em cada constituição.

Início a Parte II revisitando a ilegalidade da Constituição dos Estados Unidos, a constituição federal que substituiu os Artigos da Confederação, a primeira constituição norte-americana. O processo de proposição e adoção da Constituição atualmente em vigor violou as regras de mudança previstas nos Artigos da Confederação, problema superado pela ratificação popular que legitimou o não cumprimento dos Artigos até então previstos. Na Parte III, volto-me à Constituição da África do Sul, cujo rascunho fora declarado inconstitucional pela Corte Constitucional em um peculiar procedimento de certificação que se dividia em duas etapas. A Parte IV centra-se na Constituição do Canadá, talvez o país mais resistente a alterações formais significativas, o que faz dele o mais problemático na perspectiva da democracia participativa. Em seguida, na Parte V, exploro a curiosa regra da Constituição do México que, com o intuito de tornar a constituição insubstituível, nega a validade de qualquer nova constituição que rebeldes possam adotar.

Ao longo de cada parte, discuto os possíveis argumentos democráticos que justificariam a inconstitucionalidade das constituições. Mostro que as constituições inconstitucionais têm origem em fundamentos democráticos, embora de força variável. Meu propósito neste artigo é aprofundar nosso entendimento de emendas constitucionais inconstitucionais com a ideia de constituições inconstitucionais, uma possibilidade fascinante e pouco estudada.

II- A Constituição dos Estados Unidos e a Formalidade Constitucional

Os Estados Unidos tiveram dois textos constitucionais de âmbito nacional.¹⁴ O primeiro foi o dos Artigos da Confederação, adotado pelo Congresso Continental de 1777, logo após a Declaração de Independência. Os Artigos foram ratificados por todos os treze estados em 1781 e permaneceram em vigor até 1789, quando a nova Constituição dos Estados Unidos passou a vigorar, embora ratificada por apenas nove estados.¹⁵

¹⁴ Cf. Donald S. Lutz, *The Articles of Confederation as the Background to the Federal Republic*, 20 *PUBLIUS* 55, 57 (1990) (descreve os Artigos da Confederação como a “primeira constituição nacional dos Estados Unidos”)

¹⁵ Cf. *Constituições dos Estados Unidos*, art. VII (1787) (“A ratificação, por parte das convenções de nove Estados, será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado”).

A ratificação da Constituição foi válida quando analisada a partir dos seus próprios termos, mas foi inválida se vista pelas regras de mudança presentes nos Artigos da Confederação.

a. A Segunda Fundação dos Estados Unidos

Os Artigos da Confederação estabeleceram um oneroso processo de modificação constitucional, que exigia a aprovação da mudança por todos os estados-membros. A regra para emendar a constituição baseava-se nos princípios da inviolabilidade, da perpetuidade e da unanimidade. Os Artigos obrigavam os estados-membros a acatá-los sem exceções, um requisito inspirado em obrigações similares de constituições estaduais da época.¹⁶ Os Artigos também previam sua própria “perpetuidade”, embora, é claro, nenhuma constituição possa garantir sua própria sobrevivência em face de eventual vontade popular em contrário.¹⁷ O último elemento foi o elevado patamar para emendar a constituição; os Artigos exigiam o consenso das “legislaturas de cada estado-membro” para eventual emenda. O artigo XIII do texto legal reflete cada um desses três elementos:

Os Artigos desta Confederação deverão ser observados sem violações por cada estado-membro, e a União deverá ser perpétua; nenhuma alteração deverá ser feita em qualquer um deles; a menos que tal alteração seja acordada em um Congresso dos Estados Unidos e, posteriormente, confirmada pelas legislaturas de cada estado-membro.¹⁸

A exigência de unanimidade dos estados para a alteração dos Artigos tornou as propostas de emendas inviáveis¹⁹, e, de fato, nenhuma proposta de emenda aos Artigos da Constituição jamais foi aprovada.²⁰ A inexistência de alterações não se deu por falta de propostas. Em julho de 1781 – cerca de cinco meses depois da ratificação dos Artigos – o Congresso Continental instruiu uma comissão a “preparar uma exposição da Confederação, um plano para sua completa execução e artigos complementares”²¹. Embora a comissão tenha apresentado seu relatório já no mês de agosto – e tenha recomendado numerosas emendas aos Artigos – nenhuma alteração foi feita.²² O mesmo aconteceu com todas

¹⁶ Cf., e.g., a Constituição de Maryland, art. XXXVIII (1776); a Constituição da Carolina do Sul., art. XLIII (1778).

¹⁷ Cf. Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty* 70 (2010).

¹⁸ Artigos da Confederação de 1781, art. XIII (1781).

¹⁹ Cf. Douglas G. Smith, *An Analysis of Two Federal Structures: The Articles of Confederation and the Constitution*, 34 SAN DIEGO L. REV. 249, 299–300 n.159 (1997).

²⁰ Benjamin Fletcher Wright, *Consensus and Continuity— 1776– 1878*, 38 B.U. L. REV. 1, 19 (1958).

²¹ 20 Journals of the Continental Congress 773 (July 20, 1781) (Gaillard Hunt ed., 1912).

²² 21 Journals of the Continental Congress 894–96 (Aug. 22, 1781) (Gaillard Hunt ed., 1912).

as demais propostas de emendas.²³ O poder de veto dos estados, previsto nos Artigos, levou à convocação de uma assembleia extraordinária para buscar um meio de corrigir os problemas identificados nos Artigos da Confederação.²⁴

O Congresso Continental preparou instruções precisas para que os delegados dos estados-membros que se reuniram na Convenção da Filadélfia pudessem corrigir os problemas identificados nos Artigos²⁵. Os delegados deveriam se reunir com o único propósito de “revisar” os Artigos a fim de preservar a União. A resolução que regia os delegados da Convenção não parecia haver deixado aberta a possibilidade *constitucional* de se adotar uma nova constituição, uma vez que determinava que os delegados tinham um “único e expresso propósito”:

Resolveu-se que, na opinião do Congresso, é conveniente que, na segunda segunda-feira de maio, uma Convenção de delegados que deverão ser indicados pelos estados-membros será realizada na Filadélfia com o único e expresso propósito de revisar os Artigos da Confederação e relatar ao Congresso e às várias legislaturas as alterações e disposições recomendadas, bem como adequar a Constituição Federal, após confirmação do Congresso e das legislaturas estaduais, às exigências do governo e à preservação da União.²⁶

Observe aqui a insistência de que a Convenção relate suas recomendações de revisão tanto para o Congresso quanto para os estados. Note também que as “alterações e disposições recomendadas” devem ser aprovadas pelo Congresso e pelos estados para se tornarem efetivas, mesma exigência presente nas regras de proposta de emenda aos Artigos da Confederação.

²³ Cf. 19 Journals of the Continental Congress 112– 13, 124– 25 (Feb. 3, 1781) (Gaillard Hunt ed., 1912) (propondo poder ao Congresso para coletar impostos de importação); 20 Journals of the Continental Congress 469–71 (Mar. 12, 1781) (Gaillard Hunt ed., 1912) (propondo ao Congresso poder sobre os estados); 20 Journals of the Continental Congress 257– 59 (Apr. 18, 1783) (Gaillard Hunt ed., 1912) (propondo garantia temporária ao poder do Congresso de coletar impostos de importação e solicitando fundos suplementares dos estados); 24 Journals of the Continental Congress 260 (Apr. 18, 1783) (Gaillard Hunt ed., 1922) (propondo compartilhamento de custos para defesa comum ou bem comum geral conforme a população); 26 Journals of the Continental Congress 317–22 (Apr. 30, 1784) (Gaillard Hunt ed., 1928) (propondo garantia temporária de poder ao Congresso, num período de quinze anos, para regulamentar o comércio com os estados, requisitando o consentimento de apenas nove estados); 28 Journals of the Continental Congress 201–05 (Mar. 28, 1785) (John C. Fitzpatrick ed., 1933) (propondo dar ao Congresso poderes amplos e permanentes de regulação do comércio); 31 Journals of the Continental Congress 494–98 (Aug. 7, 1786) (John C. Fitzpatrick ed., 1934) (propondo sete artigos adicionais aos Artigos da Confederação).

²⁴ Cf. Sanford Levinson, “Veneration” and Constitutional Change: James Madison Confronts the Possibility of Constitutional Amendment, 21 TEX. TECH. L. REV. 2443, 2448–49 (1990).

²⁵ George D. Harmon, The Proposed Amendments to the Articles of Confederation, 24 S. ATLANTIC Q. 298, 435 (1925).

²⁶ 32 Journals of the Continental Congress 74 (Feb. 21, 1787) (Roscoe R. Hill ed., 1936).

Essas instruções do Congresso Continental deram ensejo ao debate entre Bruce Ackerman e Akhil Amar sobre a ilegalidade da “segunda fundação da América”. Ackerman entende a Convenção como algo formalmente ilegal que, apesar disso, não teve sua autoridade abalada, mas fortalecida, se consideradas suas origens em um parlamento que presidiu a Revolução Gloriosa de 1688, um parlamento legalmente deficiente.²⁷ Para Amar, no entanto, a segunda fundação da América foi legal, pois não havia uma constituição a ser violada: para ele, os Artigos eram um tratado entre os treze estados e qualquer estado poderia legalmente exercer o seu poder de rescindir o pacto confederativo.²⁸ O fato, entretanto, é que, segundo o texto que o Congresso editou com instruções aos delegados, os Artigos não constituíam um tratado, mas uma constituição – o Congresso refere-se à sua “Constituição Federal”, cujo texto seria revisto pela Convenção com vistas à “preservação da União”.

A referência aos Artigos como sendo uma constituição mostra que é possível afirmar que a nova Constituição dos Estados Unidos era inconstitucional. Do ponto de vista dos Artigos vigentes à época da Convenção da Filadélfia, o processo que deu origem à “segunda fundação” não obedeceu às regras de mudança estabelecidas na constituição existente. As regras dos Artigos da Confederação exigiam que qualquer proposta de modificação dos Artigos – as revisões que o Congresso Continental autorizou a Convenção da Filadélfia a propor – teriam sua validade condicionada à aprovação pelo próprio Congresso Continental e, posteriormente, por cada uma das legislaturas estaduais. O Congresso Continental, no entanto, não aprovou nem reprovou o projeto de constituição que a Convenção enviou.²⁹ A Convenção restringiu-se a enviar aos estados-membros cópia do relatório das discussões com as resoluções correspondentes.³⁰ Os estados também não aprovaram a nova constituição por unanimidade; a nova constituição entrou em vigor quando nove dos treze estados a referendaram, como fora proposto no rascunho da Carta.³¹ Se considerados esses dois aspectos da maneira como foi criada a segunda constituição, percebe-se que o processo formal violou as regras estabelecidas na primeira. Há ainda outro ponto a ser considerado no debate da ilegalidade da nova constituição: a constituição proposta violava as constituições estaduais de muitos estados-membros.

²⁷ Cf. 1 Bruce Ackerman, *We the People: Foundations 174–75* (1991).

²⁸ Cf. Akhil Reed Amar, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, 94 COLUM. L. REV. 457, 465–66 (1994).

²⁹ Cf. 1 James Schouler, *History of The United States of America under the Constitution* 54 (1882).

³⁰ 23 Journals of the Continental Congress, 544 (Sept. 27, 1787) (Gaillard Hunt ed., 1914).

³¹ Constituição dos Estados Unidos, art. VII.

Algumas proibiam a reunião de convenções fora de períodos bastante específicos – nenhum dos quais correspondia à chamada feita pela Convenção da Filadélfia para convenções estaduais em 1787.³² Não obstante, as convenções estaduais foram realizadas.

b. A Ratificação Legitimadora

A constitucionalidade nesse sentido formal, entretanto, opera em um plano diferente do da legitimidade. As convenções estaduais que ratificaram o rascunho da nova constituição serviram a um duplo propósito, ambos igualmente importante. O primeiro era baseado na legalidade da ratificação. A legalidade foi avaliada pela perspectiva da constituição proposta, não do que fora previsto nos Artigos da Confederação, uma vez que a ratificação da nova constituição estava em desacordo com os requisitos legais de mudança estabelecidos nos Artigos. A ratificação exigida na constituição proposta requeria que a maioria absoluta dos estados-membros aprovasse a mudança, uma exigência difícil, embora menos complicada que a unanimidade demandada pelos Artigos da Confederação para sua alteração.³³ As convenções estaduais satisfizeram as condições propostas no projeto da constituição, garantindo legalidade a ela. O estado de New Hampshire tornou-se o nono a ratificá-la, em junho de 1788, e a Constituição entrou em vigor em 4 de março de 1789.³⁴ Assim sendo, as convenções estaduais cumpriram com o seu primeiro propósito – uma ratificação legal.

O segundo objetivo das convenções estaduais era garantir legitimidade ao documento. O projeto da Constituição, se fosse aprovado, deveria ter suporte da população como um todo, não apenas dos governos estaduais, tanto porque os estados não chegavam a um acordo entre si, quanto porque o consentimento do povo forneceria ao documento uma autoridade mais firme.³⁵ A legitimidade viria do processo de ratificação que daria à constituição uma substancial legitimidade popular ou sociológica, ao invés da mera legitimidade advinda da legalidade do projeto, esta última que fora perdida quando o Congresso Continental mitigou as exigências formais previstas para mudança nos Artigos da Confederação. Como Jack Rakove explica, “Madison entendeu que uma constituição adotada por um processo de aprovação popular teria uma autoridade superior” que se

³² 2 Bruce Ackerman, *We the People: Transformations* 36–38 (1998).

³³ Constituição dos Estados Unidos, art. VII (“A ratificação, por parte das convenções de nove Estados será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado.”)

³⁴ Há, no entanto, alguma dúvida quanto ao momento em que a Constituição adquiriu eficácia enquanto lei. Cf. Gary Lawson & Guy Seidman, *When Did the Constitution Become Law?*, 77 *Notre Dame L. REV.* 1 (2001).

³⁵ Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776– 1787* 532 (2d ed. 1998).

aprovada apenas pelas assembleias legislativas estaduais – de onde vinha a autoridade dos Artigos da Confederação e das constituições estaduais.³⁶

Essa autoridade superior derivou do consentimento popular, expresso no fórum extraordinário da convenção constitucional. Essa forma revolucionária de deliberação e tomada de decisão resultou em um produto validado pelo processo previsto na própria convenção.

Com a ratificação, “alcançou-se uma constituição considerada produto de um processo em que a fonte última de legitimidade, a soberania popular, expressou-se de modo tão completo e claro quanto a aceitação das crenças e instituições políticas que o período permitia”³⁷. A ratificação bem-sucedida da Constituição sugere que o consentimento dos governados é condição de legitimidade necessária e suficiente.³⁸

A constituição, no entanto, tomou um caminho peculiar para alcançar a legitimidade: sua autoridade popular não veio de uma eleição normal, mas de um longo e complexo diálogo entre os governos federal e estadual, bem como entre as elites políticas e os cidadãos comuns.³⁹

A convenção de ratificação foi uma instituição peculiarmente americana, criada a partir daquilo que historicamente havia sido uma estrutura política espontânea e não representativa, mas que se mudou em um democrático e institucionalizado corpo governamental responsável por escrever as constituições estaduais e, depois, ratificar a Constituição dos Estados Unidos.⁴⁰ Essa instituição se baseava no que Bruce Ackerman e Neal Katyal chamaram de exercício de “democracia quase direta”.⁴¹ Essa convenção não pediu que os eleitores se manifestassem da mesma forma que fariam em um referendo popular, nem era a convenção propriamente um corpo representativo. Pelo contrário, os eleitores deveriam eleger delegados que se reuniriam na convenção com um mandato do povo para votar ou não pela ratificação – alguns delegados fizeram sua campanha defendendo a ratificação, outros se mostraram contrários e houve aqueles que não se posicionaram nessa primeira etapa.⁴² Ackerman e Katyal explicam que objetivo era organizar um “plebiscito deliberativo”:

³⁶ Jack N. Rakove, *Constitutional Problematics*, circa 1787, in *Constitutional Culture and Democratic Rule* 41, 65 (John Ferejohn et al. eds., 2001).

³⁷ Richard S. Kay, *The Illegality of the Constitution*, 4 *CONST. COMMENT.* 57, 75 (1987).

³⁸ Cf. Richard H. Fallon, Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 *HARV. L. REV.* 1787, 1805 (2005).

³⁹ 2 Bruce Ackerman, *We the People: Transformations* 85 (1998).

⁴⁰ Cf. Roger Sherman Hoar, *Constitutional Conventions: Their Nature, Powers and Limitations* 1–11 (1987).

⁴¹ Bruce Ackerman & Neal Katyal, *Our Unconventional Founding*, 62 *U. CHI. L. REV.* 475, 562 (1995).

⁴² *Idem*, p. 563.

O modo de convenção, em suma, representou uma característica combinação de vontade popular com deliberação por parte da elite. Por um lado, o debate e as decisões da campanha eleitoral guiaram a convenção em uma direção específica. Por outro, os delegados tinham liberdade para debater e refinar a vontade popular manifestada nas urnas, de onde veio o “mandato” deles. Os federalistas buscavam o melhor dos dois mundos – a combinação do envolvimento popular pela “democracia direta” com a sofisticada deliberação de uma “democracia representativa”. O objetivo era, em resumo, um *plebiscito deliberativo*.⁴³

A manifestação da população era essencial dadas as intenções da Convenção Federal: pedir aos estados que violassem as formalidades exigidas pelos Artigos da Confederação para a aprovação de emendas constitucionais. Ao convidar o povo para deliberar sobre o rascunho da constituição, a questão deixou de ser a legalidade ou não da quebra dos Artigos e passou a ser uma reflexão mais profunda sobre o que melhor serviria ao povo e à república. O resultado das eleições não era previsível, pois “se os cidadãos achassem a ilegalidade realmente um problema, eles simplesmente elegeriam tantos delegados Antifederalistas para a convenção que a Constituição seria reprovada”.⁴⁴ Como Madison escreveu, dado que a nova constituição “deveria ser submetida ao crivo do próprio povo, a desaprovação desta autoridade suprema arruinaria o rascunho da constituição para sempre; sua aprovação, portanto, apagou todos os erros e irregularidades antecedentes”.⁴⁵

Essas convenções constitucionais para debates e deliberação sobre a ratificação do projeto da constituição permitiu que seus partidários “partissem para a ofensiva e negassem que as objeções legais levantadas pelos Antifederalistas fossem invocadas para impedir que a convenção do povo deliberasse sobre seu destino”.⁴⁶ No fim, a ratificação da constituição fez da sua inconstitucionalidade formal algo irrelevante.

III - A Constituição Sul-Africana e os Valores Constitucionais

O ano de 2016 marcou o vigésimo aniversário da revolucionária Constituição da África do Sul, um documento baseado no desejo de levar o país do apartheid para a democracia. Descrita como “um exemplo mundial de constituição transformadora”,⁴⁷ a Constituição consolida o compromisso de fundar valores tais quais o “não-racismo” e o “não-

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Idem, p. 562.

⁴⁵ The Federalist No. 40, at 265–66 (James Madison) (Jacob E. Cooke ed., 1961).

⁴⁶ Bruce Ackerman & Neal Katyal, Our Unconventional Founding, 62 U. CHI. L. REV. 475, 562 (1995).

⁴⁷ Cass R. Sunstein, Designing Democracy: What Constitutions Do 224 (2002).

sexismo”, bem como “a dignidade humana, a conquista da igualdade e o aperfeiçoamento dos direitos e liberdades do ser humano”⁴⁸.

A Declaração de Direitos enumera as diferentes categorias protegidas pela Carta, incluindo “raça, gênero, sexo, gravidez, estado civil, origem étnica ou social, cor, orientação sexual, idade, deficiência, religião, consciência, crença, cultura, língua e nascimento.”⁴⁹ Como Bruce Ackerman escreveu, essa Constituição histórica prometeu “um recomeço político”.⁵⁰ A Corte Constitucional da África do Sul ajudou a concretizar essas promessas com julgamentos probos e estratégicos.⁵¹ A nova Constituição sul-africana, no entanto, não teve um começo auspicioso.

a. A Decisão de Certificação

Em 6 de setembro de 1996, a Corte Constitucional declarou inconstitucional o rascunho da constituição.⁵² A Corte declarou nove dos seus dispositivos inválidos.⁵³ Um dispositivo por violar o direito à negociação coletiva,⁵⁴ dois por protegerem excessivamente os estatutos ordinários do controle jurisdicional,⁵⁵ outro por falhar em garantir direitos e em estabelecer procedimento especial para emendas constitucionais⁵⁶ e outro por dar proteção insuficiente à independência e à imparcialidade de dois importantes órgãos democráticos, o *Public Protector*⁵⁷ e o Auditor Geral⁵⁸. A Corte também julgou a Constituição deficiente porque um dispositivo falhou em proteger a independência e a imparcialidade da Comissão do Serviço Público da África do Sul, bem como falhou em reconhecer e promover a autonomia provincial.⁵⁹ A Corte anulou outros dois dispositivos por não criarem ou limitarem apropriadamente

⁴⁸ Constituição da África do Sul, capítulo 1, § 1 (1996).

⁴⁹ *Idem*, capítulo 2, §9 (3).

⁵⁰ Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 VA. L. REV. 771, 783 (1997).

⁵¹ Cf. Theunis Roux, *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995–2005* 143–90 (2013).

⁵² *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Case CCT 23/96 (Sept. 6, 1996)*.

⁵³ *Idem*, parágrafo 482.

⁵⁴ *Idem*, parágrafo 69.

⁵⁵ *Idem*, parágrafos 149-150.

⁵⁶ *Idem*, parágrafos 152-159.

⁵⁷ (N.T.) Instituição sul-africana com algumas funções similares às do Ministério Público Federal brasileiro.

⁵⁸ *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Case CCT 23/96, parágrafos 161-165*.

⁵⁹ *Idem*, parágrafos 170-177, 274-278, 381-390.

os poderes de governos locais⁶⁰ e também declarou que a Constituição não equilibrava adequadamente a distribuição de poderes entre os governos nacional e provincial.⁶¹ A decisão de declarar a constituição inconstitucional foi vista na época como “uma jurisprudência e um acontecimento político únicos no mundo”.⁶²

A Corte exerceu o seu poder extraordinário de controle de constitucionalidade com base na autoridade outorgada ao tribunal pela Constituição Interina da África do Sul. Reconhecendo que este era um arranjo excepcional, a Corte compreendeu a missão dada pela Constituição Interina como um dever legal, não político.⁶³ A sua função, escreveu a Corte, não era “expressar uma opinião sobre quaisquer lacunas na [nova constituição]”.⁶⁴ A Corte entendeu sua função como sendo “claramente enunciada na [Constituição Provisória]: verificar se os dispositivos da [nova constituição] estão de acordo com os [princípios constitucionais].”⁶⁵ Portanto, para a Corte, a tarefa de avaliar a constitucionalidade da Constituição era condizente com as suas capacidades legais. Durante a análise, a Corte alertou que seu julgamento teria pouca deferência para com a Constituição, porque o texto não continha qualquer direito especial de correção ou de constitucionalidade:

Compilada como foi por negociação entre partes sem mandato, [a nova Constituição] não reivindicava uma legitimidade duradoura ou um status dissuasivo. A [Assembleia Constitucional], composta por representantes com o devido mandato, foi incumbida do oneroso dever de elaborar uma nova constituição para o país, sem restrições impostas pelas disposições da [Constituição Interina], com exceção das contidas nos [princípios constitucionais].⁶⁶

Em última análise, grande parte da nova Constituição sobreviveu ao controle da Corte. A Corte reconheceu que “elaborar uma constituição é uma tarefa difícil”⁶⁷ e, embora tenha declarado a inconstitucionalidade de algumas partes da Constituição, a Corte sugeriu um “foco na madeira, não nas árvores”, reconheceu o “feito monumental” da Assembleia Constituinte em escrever uma nova constituição, e insistiu que, “em geral e no que dizia respeito à grande maioria dos seus dispositivos”, a nova

⁶⁰ Idem, parágrafos 299-380.

⁶¹ Idem, parágrafos 471-481.

⁶² Albie Sachs, *The Creation of South Africa's Constitution*, 41 N.Y.L. SCH. L. REV. 669, 669 (1997).

⁶³ *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996*, Case CCT 23/96, parágrafo 27.

⁶⁴ Idem, parágrafo 30.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Idem, parágrafo 29.

⁶⁷ Idem, parágrafo 31.

constituição era sólida.⁶⁸ A Corte, evidentemente, procurou minimizar os efeitos da sua atuação, mas o resultado do seu exercício de revisão judicial era inevitável: como o então juiz da Corte Albie Sachs escreveu, “esta Corte, da qual eu tenho orgulho de ser membro, declarou ser a Constituição da África do Sul inconstitucional.”⁶⁹

b. O Processo de Certificação

A teoria convencional sobre a elaboração de uma constituição poderia resistir a uma Corte declarando uma constituição inconstitucional. E provavelmente com um bom motivo, dado que uma constituição é geralmente o produto de processos deliberativos que, em diferentes maneiras, tanto direta quanto indiretamente, estimula o diálogo e a consulta a pessoas que serão governadas pelo texto.⁷⁰ Essa relação entre governados e governantes é hierárquica: os governados são os principais, e provisoriamente autorizam seus governantes a governar até que os governados afirmem seu direito democrático de substituí-los como governantes ou invoquem seu direito soberano de reescrever a constituição. É incompatível com a ideia de soberania popular, portanto, que uma corte declare uma constituição inconstitucional, dado que a constituição é produto da escolha soberana do povo que deliberou sobre o texto – por delegação ou diretamente. A análise é diferente, entretanto, quando o povo autoriza, direta ou indiretamente, o exercício desse poder extraordinário pela Corte.

Apesar das aparências, a declaração de inconstitucionalidade da Constituição sul-africana é mais consistente do que incompatível com a teoria convencional sobre a elaboração de uma constituição. É verdade que a decisão final da Corte Constitucional estava enraizada, como Gary Jacobsohn colocou, na delegação de um poder judicial “tão extraordinário quanto inédito: legitimar (ou não) um código ao qual um povo se submete para que sua vida seja regulada por uma estrutura constitucional”⁷¹. Esse foi um momento sem precedentes, pois nunca antes uma Corte teve o poder de certificar a constitucionalidade de uma nova constituição.⁷²

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Albie Sachs, South Africa’s Unconstitutional Constitution: The Transition from Power to Lawful Power, 41 ST. LOUIS U. L.J. 1249, 1257 (1997).

⁷⁰ Cf. Tom Ginsburg et al., Does the Process of Constitution-Making Matter?, 5 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 201, 208 (2009).

⁷¹ Gary J. Jacobsohn, Constitutional Identity 118–19 (2010).

⁷² Ibid. Há, no entanto, um precedente parecido na Namíbia, cuja Constituição foi escrita com limitações impostas por princípios estabelecidos em uma resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Cf. Matthew Chaskalson & Dennis Davis, Constitutionalism, the Rule of Law, and the First Certification Judgment: Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly in Re:

Pode-se bem questionar, como fez Ran Hirschl em sua análise de revoluções constitucionais, por que os atores políticos não contestaram a ideia do processo de certificação, uma determinação pouco convencional da Constituição Provisória sul-africana.⁷³ No entanto, embora o papel da Corte possa ter sido pouco convencional, não era antidemocrático. A própria Constituição Provisória – escrita em 1993 e vigente de 1994 até a adoção da nova Constituição – autorizou o processo de Certificação e o papel extraordinário do Corte nesse processo:

O novo texto constitucional aprovado pela Assembleia Constituinte, ou qualquer outra disposição de lá advinda, não terá força de lei nem efeito, a menos que a Corte Constitucional certifique que todas as disposições de tal texto estão de acordo com os Princípios Constitucionais [acordados pela Assembleia Constituinte].

A decisão da Corte Constitucional [...] certificando que as disposições do novo texto constitucional cumprem com os Princípios Constitucionais é final e vinculante, e nenhum tribunal terá competência para questionar ou se pronunciar sobre a validade de tal texto ou qualquer disposição nele constante.⁷⁴

A Constituição Provisória listou trinta e quatro itens como “Princípios Constitucionais”, embora a maioria deles se aproximasse mais de regras do que de princípios propriamente ditos.⁷⁵ Um princípio, por exemplo, determinava que “emendas à Constituição deveriam ter procedimentos específicos que exigissem maiorias especiais.”⁷⁶ Outro, que “os procedimentos legislativos formais deveriam ser obedecidos pelos órgãos legislativos em todos os níveis de governo.”⁷⁷ O trigésimo terceiro, ainda, que “a Constituição determinaria que, a menos que o Parlamento fosse dissolvido em razão da aprovação de moção de desconfiança, nenhuma eleição nacional deveria ser realizada antes de 30 de Abril de 1999.”⁷⁸ Cada um foi escrito como regra ou como um conjunto de instruções para a Assembleia Constitucional encarregada de escrever a nova constituição. Escrevê-los como regras – regras destinadas a proteger princípios como a separação de poderes, independência do judiciário e não-discriminação – permitiu à Corte revisar o texto proposto a fim de que as expectativas da Constituição Provisória para a nova constituição fossem alcançadas.

Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996, 1996(4) SA 744 (CC), 13 S. Afr. J. On HUM. Rts. 430, 430–31 (1997).

⁷³ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy* 186 (2004).

⁷⁴ Constituição Provisória da África do Sul, capítulo 5, §71 (2)-(3) (1994)

⁷⁵ *Idem*, Schedule Quatro.

⁷⁶ *Idem*, Schedule Quatro, art. XV.

⁷⁷ *Idem*, Schedule Quatro, art. X.

⁷⁸ *Idem*, Schedule Quatro, art. XXXIII.

A escolha de dar à Corte Constitucional o poder de julgar a constitucionalidade da nova Constituição foi o resultado de um compromisso oriundo de um acordo político. O Partido Nacional acreditava na necessidade de se garantir continuidade jurídica e proteção a minorias,⁷⁹ daí o seu endosso a um processo que atribuía à Corte a responsabilidade de garantir que a nova constituição estabeleceria a proteção aos direitos fundamentais, entre os quais os direitos de propriedade;⁸⁰ e o partido Congresso Nacional Africano defendia uma assembleia constitucional democrática, da qual se esperava a nova constituição, mesmo que restringida por princípios constitucionais pré-estabelecidos.⁸¹ O processo se desdobrou em dois estágios: num primeiro momento, a criação de uma Constituição Provisória, juntamente com eleições democráticas para formar um novo governo e uma nova legislatura que constituiria a assembleia constitucional; num segundo momento, a assembleia escreveria a constituição definitiva, cuja conformidade aos princípios constitucionais previstos na Constituição Provisória seria verificada pela Corte.⁸² O produto desse processo inovador ilustra a teoria *Insurance* do controle jurisdicional, proposta por Tom Ginsburg. Conferir à Corte o poder de revisar a nova constituição e de ser, portanto, um confiável intérprete do novo texto, ajudou a resolver o impasse entre os partidos de situação e de oposição. O papel da Corte serviu de garantia ao partido do governo, que estava em declínio, de que haveria um fórum imparcial onde seria possível discutir preocupações futuras com relação à declaração de direitos.⁸³

Esse processo em dois estágios é a chave para a legitimidade democrática da decisão da Corte que julgou a nova constituição inconstitucional. Foi o último ato do Parlamento pré-democrático que tornou lei a Constituição Provisória.⁸⁴ Mas essa constituição transitória – e sua concessão de poder à Corte – foi o resultado de um acordo negociado entre os principais partidos políticos,⁸⁵ um “pacto solene”, para citar a própria Constituição Interina.⁸⁶ Também os princípios constitucionais

⁷⁹ Heinz Klug, *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction* 109 (2000).

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Idem*, p. 109-110.

⁸² Cf. Heinz Klug, *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis* 223 (2010).

⁸³ Cf. Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* 55-56 (2003).

⁸⁴ Ian Shapiro, *Democracy's Place* 184 (1996).

⁸⁵ Cf. Mark S. Kende, *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa And The United States* 32-35 (2009).

⁸⁶ *Constituição Provisória da África do Sul, preâmbulo* (1993).

foram estabelecidos por negociações entre os partidos, não determinados pelo parlamento pré-democrático.⁸⁷ A nova constituição foi escrita pelo primeiro parlamento democraticamente eleito, que desempenhava o papel de Assembleia Constituinte, e era esse o órgão obrigado a escrever a nova Constituição de acordo com os princípios inscritos na Constituição Provisória.⁸⁸ Quando a Corte finalmente se pronunciou sobre o projeto, estava ela agindo segundo instruções e com a autorização de partidos políticos, enquanto representantes do povo, aplicando os princípios estabelecidos por esses mesmos partidos políticos, que gozavam do apoio do seu eleitorado. A relação entre o poder da Corte e o povo é, portanto, mais próxima do que alguém poderia imaginar quando confrontado com a ideia de um tribunal declarando uma Constituição inconstitucional.

Posteriormente, nos termos da Constituição Provisória, a Assembleia Constituinte foi obrigada a revisar o rascunho da constituição para adaptá-la àquilo que a Corte determinou. A Assembleia reescreveu o texto e, novamente, enviou-o à Corte para sua certificação. Dessa vez, em dezembro de 1996, a Corte declarou a nova constituição constitucional,⁸⁹ e, pouco depois, o texto foi convertido em lei, encerrando o processo formal de elaboração da Constituição Sul-Africana.⁹⁰

IV - A Constituição Canadense e a Democracia Constitucional

Praticamente todas as constituições escritas do mundo contêm procedimentos formais que permitem emendas ao seu texto.⁹¹ Não é incomum que elas também imponham limites a emendas formais, proibindo a emenda de certas regras, mesmo quando poderosas supermaiorias desejam alterá-las.⁹² A Constituição francesa, por exemplo, proíbe que se altere o republicanismo e a integridade territorial⁹³; a Constituição brasileira tornou o federalismo inalterável⁹⁴; e a Lei Fundamental alemã, em famoso dispositivo, fez da dignidade humana um direito não-

⁸⁷ Cf. Christina Murray, *A Constitutional Beginning: Making South Africa's Final Constitution*, 23 U. Ark. Little Rock L. Rev. 809, 813-14 (2001).

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Case CCT 37/96 (4 Dec. 4, 1996).

⁹⁰ Para uma análise útil do rascunho da Constituição da República da África do Sul, Cf. Jeremy Sarkin, *The Drafting of South Africa's Final Constitution from a Human-Rights Perspective*, 47 AM. J. COMP. L. 67, 67-77 (1999).

⁹¹ Cf. Francesco Giovannoni, *Amendment Rules in Constitutions*, 115 PUB. CHOICE 37, 37 (2003).

⁹² Cf. Richard Albert, *The Structure of Constitutional Amendment Rules*, 49 WAKE FOREST L. REV. 913, 950-52 (2014).

⁹³ Constituição da França, título XVI, artigo 89 (1958).

⁹⁴ Constituição Federal, artigo 60 (1988).

emendável.⁹⁵ A proibição de emendas formais passou de característica comum a menos de vinte por cento das constituições do mundo entre 1789 e 1944, para aproximadamente um quarto das constituições de 1945 a 1988 e, nas constituições escritas a partir de 1989, está presente em mais da metade delas.⁹⁶

A Constituição do Canadá destoa da maioria por não estabelecer nenhum dispositivo formalmente não-emendável.⁹⁷ Ela, no entanto, estabeleceu uma forma incomum de impedir emendas, forma a que dei o nome de “não-emendabilidade construtiva”^{98, 99}

a. Não-emendabilidade Construtiva

Uma constituição é construtivamente não-emendável onde a conjuntura política faz com que seja praticamente inimaginável a reunião das supermaiorias necessárias para aprovar uma proposta de emenda constitucional. A não-emendabilidade, portanto, não deriva de desenho constitucional, como nos descritos casos do Brasil, da França e da Alemanha, nem deriva de interpretação constitucional, como na Índia, onde a Suprema Corte interpretou ser a “estrutura básica” da Constituição inalterável, apesar de não haver dispositivo que proíba emendas no texto constitucional.¹⁰⁰ A não-emendabilidade construtiva é, em vez disso, produto da política constitucional que exige que os atores constitucionais ajam de modo heroico – isto é, impossível – para emendar a Constituição. Um exemplo é a Cláusula de Igualdade de Sufrágio na Constituição dos Estados Unidos, que garante que “nenhum estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado”.¹⁰¹ A Cláusula autoriza a mudança de representação de um estado no Senado apenas se esse estado consentir – mas nenhum estado consentiria com uma mudança que resultasse na diminuição direta ou relativa de seu poder no federalismo americano.¹⁰² A não-emendabilidade construtiva,

⁹⁵ Lei Fundamental da Alemanha, título VII, artigo 79(3) (1949).

⁹⁶ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, 20-21 (2017)

⁹⁷ Cf. Richard Albert, *The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada*, 41 *QUEEN'S L.J.* 153, 182–203 (2015).

⁹⁸ (N.T.) No texto original, *Constructive Unamendability*.

⁹⁹ Richard Albert, *Constructive Unamendability in Canada and the United States*, 67 *SUP. CT. L. REV.* (2d) 181 (2014).

¹⁰⁰ Cf. Nota de rodapé n° 1.

¹⁰¹ Constituição dos Estados Unidos, artigo V.

¹⁰² Cf. Richard Albert, *Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V*, 94 *B.U. L. REV.* 1029, 1042–45 (2014). Sanford Levinson sustenta, corretamente, que pode-se ler que a Cláusula de Igualdade de Sufrágio requer o consenso unânime de todos os estados, não apenas dos estados cuja

portanto, não é uma determinação legal, mas sim uma realidade política que impede a mudança formal na Constituição.

A Constituição do Canadá é, hoje, construtivamente não-emendável em todas as questões de relevância nacional que dizem respeito à relação federal-provincial. Essas são as que Peter Russell entende como tipos de mudanças que somente são alcançáveis por meio de uma “mega política constitucional”, termo que ele utiliza para se referir a grandes alterações formais que “tratam da natureza da comunidade política em que a constituição se baseia”, que tenham a “tendência de afetar o senso de identidade e a autoavaliação dos cidadãos”, e que se proponham a “chegar a um acordo sobre a identidade e os princípios fundamentais da estrutura política”.¹⁰³ Mesmo com essa definição, entretanto, é difícil identificar com precisão quais matérias emendáveis exigem a mobilização popular vinculada à mega política constitucional. Felizmente, a estrutura progressiva de emenda constitucional da Constituição canadense identifica muitos dos assuntos emendáveis que exigem que os atores constitucionais se envolvam em uma mega política constitucional. Essa estrutura é *progressiva* porque o texto cria diferentes procedimentos para emendar formalmente a Constituição, cada um expressamente designado para alterar certas categorias de regras ou princípios. Cada procedimento impõe um determinado limiar para a aprovação de emenda e cada um, em comparação com o grau de exigência dos demais, reflete a importância relativa do dispositivo emendável.¹⁰⁴

Existem cinco procedimentos formais de emenda no Canadá,¹⁰⁵ embora apenas dois digam respeito aos tipos de alteração que são impossíveis atualmente. Os três procedimentos de emenda que são facilmente utilizáveis são os procedimentos provincial unilateral, federal unilateral e regional multilateral. Sob o procedimento provincial unilateral, “a legislatura de cada província pode fazer leis que alterem a constituição da própria província”¹⁰⁶. O procedimento federal unilateral autoriza o Parlamento do Canadá a emendar formalmente a Constituição no que diz respeito “ao governo executivo do Canadá ou ao Senado e à Câmara dos

representação seria reduzida. Cf. Sanford Levinson, *The Political Implications of Amending Clauses*, 13 *Const. Comment.* 107, 122 n.32 (1996).

¹⁰³ Cf. Peter Russell, *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become A Sovereign People* 75 (1992).

¹⁰⁴ Cf. Richard Albert, *The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules*, 59 *MCGILL L.J.* 225, 247–48 (2013).

¹⁰⁵ Procedure for Amending Constitution of Canada, ss. 38– 49, Parte V do Constitution Act, 1982, sendo Schedule B para o Canada Act 1982 (U.K), 1982, c. 11 (doravante “Constitution Act, 1982”).

¹⁰⁶ Constitution Act, 1982., Parte V, s. 45.

Comuns”¹⁰⁷. Este procedimento está disponível para um conjunto restrito de assuntos que envolvam a constituição interna do Parlamento, como, por exemplo, o privilégio parlamentar, o processo legislativo e o número de membros do Parlamento.¹⁰⁸ O procedimento regional multilateral aplica-se a alterações que afetem “uma ou mais províncias, mas não todas”, como, por exemplo, uma modificação da fronteira entre províncias ou uma emenda que regule o uso do inglês ou do francês dentro de uma província.¹⁰⁹ Sob este procedimento, são necessárias resoluções de aprovação tanto da Câmara dos Comuns quanto do Senado, bem como das legislaturas provinciais afetadas pela emenda.¹¹⁰

A história recente do Canadá provou que os outros dois procedimentos de emenda são praticamente inutilizáveis, tornando as questões atribuídas a cada um deles construtivamente não-emendáveis. O primeiro – o procedimento padrão multilateral – deve ser utilizado para alterar todas as partes da Constituição que não estejam previstas em outro procedimento.¹¹¹ Esse procedimento padrão requer a aprovação de ambas as casas do Parlamento e das assembleias provinciais de pelo menos sete das dez províncias do Canadá,¹¹² com a exigência de que a população total das províncias que ratificarem a proposta de emenda equivalha a pelo menos metade do total da população provincial.¹¹³ Embora seja o procedimento padrão para alterar a Constituição do Canadá, ele também é designado como o procedimento de emenda obrigatório de alguns itens específicos, incluindo a representação proporcional das províncias na Câmara dos Comuns, os poderes do Senado e a representação provincial, seleção e elegibilidade dos senadores, certas características da Suprema Corte do Canadá e a criação de novas províncias.¹¹⁴ O segundo procedimento de emenda que a história moderna provou inutilizável – o procedimento de unanimidade – requer a aprovação da Câmara dos Comuns, do Senado e de cada uma das assembleias provinciais.¹¹⁵ Os atores constitucionais devem utilizar este procedimento para emendas à estrutura e às instituições da Monarquia Constitucional do Canadá, ou seja, às funções da rainha, do

¹⁰⁷ Idem, s. 44.

¹⁰⁸ Ian Greene, *Constitutional Amendment in Canada and the United States*, in *Constitutional Politics in Canada and The United States* 249, 251 (Stephen L. Newman ed., 2004).

¹⁰⁹ Constitution Act, 1982., Parte V, s. 43.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Idem, s. 38(1)

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Idem, s. 42(1).

¹¹⁵ Idem, s. 41.

governador geral e do vice-governador; ao uso do inglês ou do francês que não estejam sujeitas ao procedimento regional multilateral; à composição da Suprema Corte do Canadá que não estejam sujeitas ao procedimento padrão multilateral; à proporção específica da representação provincial na Câmara dos Comuns em relação à representação provincial no Senado; e à estrutura das normas que regulam o processo de emenda.¹¹⁶

Ambos os procedimentos foram utilizados com sucesso, coletivamente, apenas uma vez desde que foram criados em 1982, e esse uso se deu em 1983,¹¹⁷ provavelmente em decorrência da força advinda da Patriação da Constituição no ano anterior. Desde então, o Canadá viveu dois fracassos monumentais ao tentar aprovar emendas à Constituição de grande escala, o primeiro em 1990, com o Acordo do Lago Meech, e o segundo em 1992, com o Acordo de Charlottetown.¹¹⁸

Esses dois pacotes de emenda propuseram grandes reformas nos assuntos mais importantes da relação federal-provincial. Seus fracassos sugerem que a Constituição do Canadá pode ser a constituição democrática mais difícil de se alterar em itens relevantes, mais difícil ainda que a Constituição dos Estados Unidos.¹¹⁹ Decisões recentes da Suprema Corte do Canadá complicaram ainda mais a emenda formal em relação à secessão,¹²⁰ ao Senado,¹²¹ e à própria Suprema Corte.¹²²

A não-emendabilidade construtiva da Constituição para grandes reformas é, na prática, embora não formalmente, o mesmo que a não-emendabilidade formal. O texto constitucional não proíbe a alteração de nenhum artigo – tudo é, ao menos em teoria, emendável por alguma das cinco regras de alteração formal. Quanto à realidade funcional, no entanto, penso que dois dos cinco procedimentos de alteração – os que servem de guardiões de grandes reformas constitucionais – são, atualmente, inutilizáveis. A consequência é que aqueles assuntos que são, em tese, formalmente emendáveis por um desses dois procedimentos podem, também, ser formalmente inalteráveis, uma vez que os atores

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Cf. Constitutional Amendment Proclamation, 1983, SI/84-102, (1984) Can. Gaz. II, 2984. Os procedimentos de emenda federal unilateral e regional multilateral foram usados apenas dez vezes. Cf. Peter W Hogg, *Constitutional Law Of Canada*, vol. 1, ch. 1 at 1-7 n. 32 (5th ed. 2007) (loose-leaf updated 2014, release 1).

¹¹⁸ Cf. Richard Albert, *The Conventions of Constitutional Amendment in Canada*, 53 *Osgoode Hall L.J.* 399, 405-09 (2016).

¹¹⁹ Richard Albert, *The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada*, 53 *ALTA. L. REV.* 85, 93 (2015).

¹²⁰ Cf. Reference re: Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

¹²¹ Cf. Reference re: Senate Reform, [2014] 1 S.C.R. 704.

¹²² Cf. Reference re: Supreme Court Act, ss. 5 and 6, [2014] 1 SCR 433.

constitucionais não podem esperar as supermaiorias necessárias para alterá-las, pelo menos não na conjuntura política atual.

b. Constituição e Reconstituição

A não-emendabilidade da Constituição é uma situação extremamente problemática para sistemas constitucionais democráticos. Por definição, a impossibilidade de emendar nega aos governados pela Constituição o poder de alterá-la. Mesmo nas situações em que as disposições inalteráveis almejam proteger determinados valores fundamentais dos caprichos do jogo político – por exemplo, todos os direitos civis e políticos, como na Constituição da Bósnia e Herzegovina¹²³ – há um custo maior para a democracia em negar ao povo o seu poder de emenda do que há para o princípio que poderia, de outra forma, ser violado. Esse é um *trade-off* difícil, se não impossível, de quantificar. Há, no entanto, uma hipótese de não-emendabilidade que deriva do entendimento de que o constitucionalismo está enraizado na democracia participativa¹²⁴.

Historicamente, a codificação das Constituições modernas e o poder de emendas constitucionais apoiavam-se na teoria da soberania popular, que prega ser o consenso do governado a fonte principal da legitimidade constitucional¹²⁵. Isso traz uma grande problemática para a constituição que não é, ou, pelo menos, pensa-se não ser, passível de emenda: se o povo não tem poderes para atualizar a constituição e colocar seus valores contemporâneos na Carta Magna, pode-se chamar esta constituição de constituição? Alguns podem ver a Constituição tanto como verbo quanto como substantivo. Ela é, obviamente, um documento – algo que delinea as estruturas de governo, define os poderes de instituições públicas e define direitos. Mas ela é também uma ação – um processo contínuo de autodeterminação e redefinição que convida a população regida pelo texto a moldar as regras que os vinculam e, igualmente, a reformular tais regras na medida em que o tempo, a experiência e a evolução de valores exijam tal reformulação. A ideia de uma constituição como ação deriva da teoria de Locke de que a legitimidade advém do consenso^{126*}, teoria essa que repousa nos atos de consentimento expresso e tácito pelos quais a população valida seu governo¹²⁷.

¹²³ Constituição da Bósnia e Herzegovina, art. X, § 2 (1995).

¹²⁴ Desenvolvi este caso em outros artigos. Cf. Richard Albert, *Constitutional Handcuffs*, 42 ARIZ. ST. L.J. 663, 676– 77 (2010); Richard Albert, *Counterconstitutionalism*, 31 DALHOUSIE L.J. 1, 4– 5, 37 (2008).

¹²⁵ Lester Bernhardt Orfield, *The Amending of The Federal Constitution* 1 (1942).

¹²⁶ * (N.T.) No original, Lockean consent theory of legitimacy.

¹²⁷ Cf. John Locke, *Two Treatises On Government*, Book II, Ch. VIII, § 122 (Whitmore & Fenn, 1821)

Compreender a Constituição como uma ação contínua tem implicações na maneira como nós valoramos a importância relativa das diferentes formas de mudança constitucional¹²⁸. Emendas formais não são, evidentemente, as únicas formas pelas quais o povo pode expressar o seu consentimento em mudanças constitucionais. Esta forma de alteração constitucional, no entanto, baseia-se na previsibilidade, na transparência e na prestação de contas – três valores democráticos e participativos do Estado de Direito¹²⁹. Em contraste com a maioria das mudanças informais na Constituição – por exemplo, interpretação judicial, correção legislativa de jurisprudência, atos administrativos do Presidente da República, revogação e costume^{130 131} – emendas formais explicitam quando e como se dá a mudança constitucional, e, em regra, proporcionam alterações textuais amplamente aceitas, as quais o povo e os agentes políticos podem usar como referência para debate e ação¹³². Uma emenda informal, no entanto, pode acontecer sem conhecimento público, prejudicando, assim, a relação entre o povo e a sua constituição – tanto em sua forma codificada, quanto em sua forma não-codificada¹³³.

Na perspectiva da constituição como ação, uma constituição não-emendável é não apenas um paradoxo, mas também é inconstitucional. Negar o poder do povo de se constituir e de se reconstituir faz com que esse documento, que supostamente une e vincula os cidadãos, seja o contrário do que deveria ser uma constituição. Embora essa corrente não faça parte do mesmo grupo dos que clamam pela retirada das constituições das cortes¹³⁴, nem daquela em favor de uma forma fraca de controle jurisdicional¹³⁵ (ou de uma declaração de direitos parlamentar¹³⁶ que funcione¹³⁷ ou o modelo de constitucionalismo da *Commonwealth*¹³⁸),

¹²⁸ Cf. Albert, *supra* note 4, at 38– 43.

¹²⁹ Cf. Richard Albert, *Constitutional Amendment by Stealth*, 60 MCGILL L.J. 673, 716 (2015).

¹³⁰ (N.T.) No original, judicial interpretation, statutory enactment, executive action, implication and convention.

¹³¹ Cf. Richard Albert, *Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V*, 94 B.U. L. REV. 1029, 1062– 71 (2014)

¹³² Cf. Nota de rodapé n° 123.

¹³³ Cf. Richard Albert, *Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude*, 62 AM. J. COMP. L. 641, 680– 84 (2014).

¹³⁴ Cf. generally Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* (1999)

¹³⁵ Cf. generally Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (2008).

¹³⁶ (N.T.) No original, parliamentary bills of rights.

¹³⁷ Cf. Janet L. Hiebert & James B. Kelly, *Parliamentary Bills of Rights* (2015).

¹³⁸ Cf. Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism* 21– 46 (2013).

ambas as abordagens de constitucionalismo almejam privilegiar formas populares de tomada de decisão.

É claro que a legitimidade não precisa estar enraizada na vontade popular; ela pode, entretanto, derivar de uma teoria menos processual e mais substantiva do constitucionalismo democrático, uma que favoreça uma leitura moral dos compromissos constitucionais sobre suas dimensões participativas¹³⁹. É aparente a tensão entre processo e conteúdo no caso de uma regra constitucional não-emendável: o texto privilegia o conteúdo das provisões da Constituição em detrimento da capacidade do povo de mudá-las, mesmo que o povo e uma supermaioria de atores constitucionais deseje abolir, reescrever ou redefinir o seu texto. Esta tensão existe da mesma forma em constituições como a do Canadá, que são construtivamente não-emendáveis, pois a consequência é a mesma: o texto é imutável.

Mas a diferença entre uma constituição que formalmente não pode ser emendada e outra que é construtivamente não-emendável é que a última repousa em fundações democráticas mais fortes¹⁴⁰. A causa da imutabilidade da Constituição do Canadá é o clima político, que impede a formação do consenso político necessário para fazer uma alteração. Como um estado federal que deve negociar as diferenças entre as múltiplas comunidades e identidades existentes, e até mesmo entre múltiplas nações,¹⁴¹ diz-se que o Canadá está “em uma encruzilhada” que impedirá a população como um todo de se constituir como uma nação, a menos que surja uma “certa consciência nacional” para unir indivíduos com diferentes identidades étnicas, linguísticas, regionais.¹⁴² Foram essas divisões que fizeram fracassar as tentativas dos Acordos de Meech e de Charlottetown de emendar a constituição.¹⁴³

É na desarmonia do constitucionalismo canadense que podemos localizar suas fundações democráticas. A dificuldade do acordo político é o que protege a Constituição. Não basta uma maioria simples, nem mesmo

¹³⁹ Cf. James Allan, *Thin Beats Fat Yet Again— Conceptions of Democracy*, 25 L. & PHIL. 533, 535 (2006); Frank I. Michelman, *Brennan and Democracy*, 86 CAL. L. REV. 399, 401– 11 (1998).

¹⁴⁰ Embora eu não esteja convencido, pode-se argumentar que a não-emendabilidade formal de um dispositivo constitucional também se baseia em fundamentos democráticos. Cf. Yaniv Roznai, *Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures*, in *The Foundations And Traditions of Constitutional Amendment* (Richard Albert et al., 2017).

¹⁴¹ Cf. Jeremy Webber, *Reimagining Canada* 40– 74 (1994).

¹⁴² Cf. Michel Seymour, *Quebec and Canada at the Crossroads: A Nation Within a Nation*, 6 *Nations & Nationalism* 227, 237 (2000)

¹⁴³ Explorei essas falhas em outros textos. Cf. Not de rodapé n° 113.

uma supermaioria, para transformar os termos desse acordo federal¹⁴⁴. Mudanças baseadas em acordos políticos apenas são possíveis com a aprovação e a legitimação de uma configuração específica de consenso político que perpassa as muitas nações que constituem o Canadá. Grandes mudanças constitucionais exigem acordo não apenas entre os parlamentares em Ottawa, mas também entre um número considerável de legisladores nas assembleias provinciais espalhadas pelo país.

Além da dificuldade de orquestrar o acordo parlamentar e provincial necessário, há outros fatores que proporcionam a não-emendabilidade construtiva da Constituição canadense¹⁴⁵, como as regras de emenda que não estão presentes no texto constitucional. Algumas leis provinciais exigem que os legisladores consultem a população em um referendo provincial antes de ratificar uma proposta de emenda¹⁴⁶. Pode-se argumentar, igualmente, que os territórios do Canadá também devem ser consultados nessas alterações, ampliando as comunidades consideradas relevantes para a mudança constitucional¹⁴⁷. Os atores políticos, do mesmo modo, devem enfrentar novas expectativas de participação popular de segmentos da população que, antes excluídos, adquiriram importância para futuros processos de renovação constitucional¹⁴⁸. Nós poderíamos caracterizar esses fatores como restrições ao poder de emendas constitucionais porque, de fato, esse tem sido seu efeito prático. É possível afirmar em um sentido mais profundo, entretanto, que os fatores que tornam a Constituição do Canadá construtivamente não-emendável têm a salutar importância de proteger a Constituição de mudanças que não contemplem, ou ao menos escutem, todas as vozes no Canadá.

V. A Constituição Mexicana e a Legitimidade Constitucional

Na tradição mexicana, revolução e constituição são coisas distintas, mas inseparáveis, tanto por questão de moralidade política, quanto pelo desenho constitucional do país. O sucesso da Revolução Mexicana na década de 1910 deu um significado especial à Constituição de 1917. A promulgação da Constituição, por sua vez, acabou por validar a própria revolução. A Constituição procurou «institucionalizar»¹⁴⁹ a revolução. Seu texto reconhece aqueles que ajudaram na Revolução, conferindo a eles e

¹⁴⁴ (N.T.) No original, *federal bargain*.

¹⁴⁵ Cf. Richard Albert, *The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada*, 41 *QUEEN'S L.J.* 153, 182–203 (2015).

¹⁴⁶ *Idem*, p. 177–78

¹⁴⁷ *Idem*, p. 176.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 178–79.

¹⁴⁹ Cf. Paul W. Kahn, *Comparative Constitutionalism in a New Key*, 101 *Mich. L. Rev.* 2677, 2677 (2003)

a “seus filhos, filhas e viúvas”, uma “preferência especial na aquisição de parcelas da terra” e “o direito aos descontos especificados por lei”¹⁵⁰. Nenhuma dessas características, entretanto, é a expressão mais forte das raízes revolucionárias da Constituição. Suas origens revolucionárias se refletem melhor na proibição constitucional de uma nova constituição.

a. Rebelião e Constituição

Como a maioria das Constituições¹⁵¹, a Constituição mexicana autoriza os atores políticos a realizar emendas constitucionais formais. Dois terços do Congresso Nacional devem concordar com a proposição de uma emenda, que se torna válida quando aprovada pela maioria das legislaturas estaduais¹⁵². As regras formais de emenda do México distinguem, de maneira interessante, adição constitucional de emenda constitucional: a primeira consiste na inclusão de um novo fragmento ao texto constitucional; a segunda, em alterações no texto existente¹⁵³. Essa é uma distinção incomum em desenhos constitucionais. A característica mais notável da Carta, porém, está no Título IX, intitulado “inviolabilidade da Constituição”, que podemos interpretar como um esforço para criar uma Constituição insubstituível. Esse fascinante dispositivo determina que

Esta Constituição não perderá sua força e vigor mesmo que sua observância seja interrompida por uma rebelião. Se, por qualquer perturbação pública, for estabelecido um governo cujos princípios sejam contrários aos sancionados nesta Constituição, tão logo o povo recupere sua liberdade, será reestabelecida a sua observância, e serão julgados, conforme o disposto na Constituição e nas leis editadas em virtude dela, os que houverem participado do governo oriundo da rebelião, bem como os que contribuírem com ela.¹⁵⁴

Esta declaração de inviolabilidade constitucional é anterior à Constituição de 1917: foi estabelecida, palavra por palavra, na Constituição mexicana de 1857¹⁵⁵. Uma disposição semelhante aparece em algumas outras constituições de países latino-americanos¹⁵⁶. Tais cláusulas de inviolabilidade constitucional, entretanto, são muito pouco

¹⁵⁰ Constituição do México, art. 12. (1917)

¹⁵¹ Cf. Bjørn Eric Rasch & Roger D. Congleton, Amendment Procedures and Constitutional Stability, in *Democratic Constitutional Design and Public Policy* 319, 325 (Roger D. Congleton & Birgitta Swedenbord eds., 2006).

¹⁵² Constituição do México, tit. VIII, art. 135 (1917)

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Idem*, Tit. IX, art. 136

¹⁵⁵ Constituição do México, tit. VIII, art. 128 (1857) (substituída).

¹⁵⁶ Por exemplo, Constituição de Honduras, tit. VII, ch. II, art. 375; Constituição do Paraguai, pt. II, tit. I, ch. I, art. 137; Constituição da Venezuela, tit. VII, ch. I, art. 333

prevalentes no mundo, sendo mais raras ainda que a formalização do direito à revolução¹⁵⁷.

Há pelo menos três elementos dignos de nota sobre a inviolabilidade da Constituição do México: a validade indefinida da Constituição, sua especial justificativa popular e sua resistência à rebelião. Primeiro, a Constituição se apresenta como indefinidamente válida, não perdendo sua “força” nem “vigor” mesmo que “um governo cujos princípios sejam contrários aos sancionados” na Carta tome o poder e redija uma nova constituição. Esse peculiar dispositivo sobre a “inviolabilidade” da Constituição sugere que uma nova constituição seria inválida porque só pode haver uma constituição, a de 1917. Isso suscita um segundo ponto: acredita-se que a Constituição esteja ancorada em uma justificação popular especial que explica, e talvez até exija, sua validade indefinida. A Constituição cria uma presunção contra uma nova constituição. Ela determina que uma nova constituição só poderia surgir onde a vontade popular fosse suprimida. Como seu texto declara, “assim que o povo recuperar sua liberdade”, a Constituição “será restabelecida”, pressupondo que o povo não poderia optar por ser regido por um texto que não a Constituição de 1917. Por fim, essa Constituição é resistente à rebelião: “mesmo que sua observância seja interrompida por uma rebelião” permanecerá em vigor e, uma vez restaurada a ordem, aqueles que participaram do governo emanado da rebelião, bem como os que cooperaram com tais pessoas, serão julgados nos termos da Constituição de 1917.

Estas são grandes ambições para um texto constitucional. Nesse contexto, não se pode deixar de pensar nas palavras de advertência de James Madison nos debates em torno da ratificação da Constituição dos Estados Unidos. Para ele, uma Constituição codificada era apenas uma coleção de palavras, “barreiras de pergaminho” como ele as chamava, limites escritos em papel que nunca poderia suportar “o espírito invasor do poder”¹⁵⁸. Um Estado governado por um texto constitucional codificado não tem importância em uma democracia liberal sem uma cultura subjacente de constitucionalismo e respeito pelo Estado de Direito¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Cf. Tom Ginsburg et al., *When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions*, 60 *UCLA L. REV.* 1184, 1217– 18 (2013) (gozam do direito a resistir).

¹⁵⁸ *The Federalist* No. 48, at 333 (James Madison) (Jacob E. Cooke ed., 1961)

¹⁵⁹ Para a principal discussão deste paradoxo que se manifesta na África, Cf. H.W.O. Okoth-Ogendo, *Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*, in *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* 65– 84 (Douglas Greenberg et al., eds., 1993).

Como Walter Murphy corretamente observou, “parece tolo pensar que as palavras podem restringir o poder”¹⁶⁰.

A declarada “inviolabilidade” da Constituição mexicana poderia ser uma mera barreira formal, ou poderia ter um significado mais profundo que de fato exercesse alguma restrição sobre aqueles que procurassem estabelecer um governo contrário à Constituição. Voltarei a esta questão mais adiante. Primeiro devemos responder à pergunta deixada em aberto no artigo que pretende tornar a Constituição mexicana inviolável: o que quer dizer uma rebelião?

Uma rebelião tem como alvo um governo visto como ilegítimo¹⁶¹. A rebelião pode ser bem-sucedida ou não, e é geralmente entendida como uma “luta violenta pelo poder, que ocorre dentro de um sistema político autônomo, em que a derrubada do regime se dá por meios que incluem a violência e na qual os participantes são, em grande parte, das massas”¹⁶². Como Roger Bowen explica em um trabalho sobre rebelião:

Rebelião significa muito mais do que simples violência ou “descontentamento camponês”; rebelião representa um questionamento talvez fatal da legitimidade da ordem estabelecida; isso significa que os rebeldes clamam que algo está errado com as condições como elas existem atualmente; isso significa (embora nem sempre) que os motivos tradicionais de obediência sobre os quais repousa o Estado estão sendo desafiados¹⁶³.

O México tem uma longa história de rebeliões que data do século XVIII¹⁶⁴, ocorrendo, em grande parte, nas suas regiões rurais¹⁶⁵. Diferentes tipos de movimentos sociais foram particularmente frequentes entre as décadas de 1810 e de 1850¹⁶⁶. Nesse contexto, podemos entender o propósito de constitucionalizar a proibição a uma constituição nascida de rebelião: a Constituição de 1857, que foi a primeira a estabelecer a provisão de inviolabilidade e inspirou o dispositivo no texto de 1917, “foi o produto de um geração de liberais comprometidos com a criação de

¹⁶⁰ Walter F. Murphy, *Constitutions, Constitutionalism, and Democracy*, in *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* 3,7 (Douglas Greenberg et al., eds., 1993).

¹⁶¹ Ted Robert Gurr, *Political Rebellion: Causes, Outcomes and Alternatives* 247 (2015).

¹⁶² D.E.H. Russell, *Rebellion, Revolution and Armed Force: A Comparative Study of Fifteen Countries with Special Emphasis on Cuba and South Africa* 62 (1974).

¹⁶³ Roger W. Bowen, *Rebellion and Democracy in Meiji Japan: A Study of Commoners in the Popular Rights Movement* 5 (1984).

¹⁶⁴ Cf., de Forma Genérica, Michael T. Ducey, *A Nation of Villages: Riot And Rebellion in The Mexican Huasteca, 1750– 1850* (2004) (discutindo a história de rebeliões no país).

¹⁶⁵ De forma genérica, Cf. *Riot, Rebellion, and Revolution: Rural Social Conflict in Mexico* (Friedrich Katz ed., 1988) (examinando rebeliões nas zonas rurais do México).

¹⁶⁶ Cf. Brian Hammet, *The Comonfort Presidency, 1855-1857*, 15 *BULL. LATIN AM. RES.* 81, 81– 82 (1996).

uma república moderna que impedisse o dilúvio de rebeliões e ditaduras que marcaram a história do país desde a Independência¹⁶⁷. Rebelião é, portanto, um problema histórico que os atores políticos mexicanos trataram no desenho constitucional para promover um constitucionalismo estável, independentemente de eles acreditarem ou não que o texto da constituição poderia de fato impedir os rebeldes de tentar derrubar o regime. Um texto constitucional evidentemente não pode impedir uma rebelião futura apenas tornando ineficaz uma constituição nascida da rebelião, como a Constituição tenta fazer aqui. No entanto, prever essa proibição de rebelião no texto constitucional é uma indicação do quão fortemente o Estado se oporia à rebelião e defenderia a Constituição existente.

Uma leitura possível da declaração de inviolabilidade da Constituição é que ela torna todas as novas constituições inconstitucionais. Nesse sentido, declarar a Constituição de 1917 inviolável – insistindo que qualquer nova constituição criada por rebelião seria ineficaz – nega a constitucionalidade de uma constituição que uma rebelião bem-sucedida poderia criar. O argumento contra a validade de uma nova constituição enfatizaria que a natureza de uma constituição federal, que estrutura toda autoridade legítima, permitiria uma única constituição federal eficaz em qualquer momento no tempo. Isso não impediria a articulação de grupos que arrogassem uma autoridade concorrente, como visto no período da Guerra Civil, quando tanto a Constituição dos Estados Unidos e quanto a Constituição dos Estados Confederados alegavam ter legitimidade.¹⁶⁸ A questão é que apenas uma constituição pode ser a verdadeira constituição de um país em qualquer período de tempo, e apenas o poder e a eficácia podem determinar qual prevalecerá. Essa visão suscita mais dois pontos. O primeiro, que a Constituição Mexicana de 1917 foi projetada para impedir a disputa entre constituições concorrentes, proclamando-se a verdadeira constituição. Assim, por conseguinte, a Constituição mexicana de 1917 estabelece que qualquer outra constituição que arrogue uma autoridade concorrente é inválida e deve ser tida como inconstitucional.

b. Revolução e Constituição

Mas talvez haja uma leitura melhor da declaração de inviolabilidade da Constituição. Nenhuma constituição pode controlar como o poder

¹⁶⁷ Gabriel L. Negretto & Jos´e Antonio Aguilar Rivera, Rethinking the Legacy of the Liberal State in Latin America: The Cases of Argentina (1853– 1916) and Mexico (1857- 1910), 32 J. LATIN AM. STUD. 361, 373 (2000).

¹⁶⁸ Alison L. LaCroix, Continuity in Secession: The Case of the Confederate Constitution, in Nullification And Secession in Modern Constitutional Thought 274 (Sanford Levinson ed. 2016).

constituinte exerce sua autoridade. Uma constituição também não pode impedir o poder constituinte de escrever uma nova constituição. Qualquer ato do poder constituinte reconhecido pelos atores políticos e pelo povo como um ato do poder constituinte é, por definição, válido; é o que autoriza a criação de uma ordem constitucional, o que a sustenta e também a legitima. Essa é a principal razão pela qual a Constituição dos Estados Unidos era inconstitucional, mas não ilegítima: o poder constituinte validou a violação dos artigos em uma expressão extraordinária de consentimento com a nova constituição. Não obstante o poder constituinte manifeste sua vontade, seja em uma constituição nova ou em uma revisada, nem a vontade expressa do poder constituinte nem a forma que sua expressão assume pode ser ilegítima, porque o válido exercício do poder constituinte é a fonte última de legitimidade para as escolhas que um povo faz.¹⁶⁹

A Constituição mexicana de 1917 poderia, portanto, negar a legitimidade de qualquer nova constituição que a substituísse, mas não poderia negar à nova constituição, na prática, sua própria legitimidade. Independentemente do que o texto constitucional autorize ou proíba, o povo pode, se assim desejar, exercitar seu poder constituinte para criar um “governo cujos princípios sejam contrários aos que foram sancionados [na Constituição de 1917]”. A escolha é deles, e, de fato, a Constituição de 1917 reconhece em seu texto que as pessoas podem exercer seu poder constituinte para reivindicar seu “direito inalienável” de criar livremente um novo governo:

A soberania nacional reside essencial e originalmente no povo. Todo poder público emana do povo e é instituído para o seu benefício. As pessoas têm, a todo o momento, o direito inalienável de alterar ou modificar a forma do seu governo¹⁷⁰.

Esta não é uma concessão de autoridade. É o reconhecimento de um fato sociológico, o de como o poder é exercido e de como ele legitima a lei. Podemos até considerar tal disposição redundante, uma vez que ela é um princípio fundamental que deve ser presumido como verdadeiro enquanto descritivo de realidade.

Vamos então assumir que a Constituição de 1917 não pretende negar a legitimidade de uma nova constituição. A declaração constitucional de inviolabilidade poderia significar uma de duas coisas. Primeiro, simplesmente o que diz seu texto: que qualquer rebelião que suspenda

¹⁶⁹ Em outra oportunidade, critiquei a teoria do poder constituinte como insuficientemente desenvolvida para explicar como as constituições realmente mudam. Cf. Richard Albert, *Constitutional Dismemberment*, 43 *YALE J. INT'L L.*

¹⁷⁰ Constituição do México, tit. II, cap. I, art. 39 (1917).

temporariamente a constituição e cujos líderes governem sob outra constituição, codificada ou não, será processada tão logo a ordem seja restaurada pelos que detinham o poder antes da rebelião. Segundo, poderia significar que qualquer nova constituição promulgada por rebeldes que afirmem falar em nome do povo, mas sem realmente ter apoio popular, será inválida até que o povo retome seu poder, seja para restaurar a antiga constituição, seja para escrever uma nova.

Qualquer uma dessas leituras alternativas parece consistente com a Constituição de 1917, que adverte aos possíveis rebeldes em outras partes do texto constitucional que:

Os que participarem do governo que emanou da rebelião contra o legítimo Governo da República ou os que colaborarem com ele, pegando em armas, ocupando cargos ou aceitando empregos nas facções que atacarem o Governo Constitucionalista, serão julgados pelas leis em vigor, a menos que recebam indulto deste Governo”¹⁷¹

Esta disposição, evidentemente, não se aplicaria se a rebelião que criou uma nova constituição fosse aceita como um exercício do poder constituinte e reconhecida pelo povo como sua constituição. Mas então seria mais apropriado falar em revolução que em rebelião. A rebelião, como a entendemos, não leva a uma nova constituição. Quando isso acontece, reconhecemos retrospectivamente que a rebelião foi rotulada incorretamente ou que a rebelião se transformou em algo qualitativamente diferente, que preferimos chamar de revolução. Assim como a rebelião, uma revolução pode começar como uma violenta luta por mudanças no regime, e pode muito bem ser apoiada por uma mobilização em massa. A diferença está nos processos e nos resultados. A rebelião é destrutiva, enquanto a revolução é construtiva; o objetivo da primeira é derrubar, enquanto a última almeja formar um novo começo, apoiado por vontade popular discernível que é frequentemente, embora nem sempre, refletida em uma nova constituição¹⁷².

A lógica da declaração de inviolabilidade da Constituição de 1917 é que o direito de revolução não pode, por uma questão de direito positivo, ser estabelecido em um texto constitucional *a priori*, apenas pode ser estabelecido *a posteriori*, quando as pessoas reconhecerem que exerceram validamente seu direito¹⁷³. Essa interpretação aparece em um dos principais estudos sobre a Constituição mexicana, em que o autor explica, com base nessa proibição, que:

¹⁷¹ Idem, Art. 10.

¹⁷² Cf. Hannah Arendt, *On Revolution* 140 (1990).

¹⁷³ Cf. Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano* 66– 74 (Mariana Velasco Rivera., 28th ed. 1994).

O direito à revolução não pode ser reconhecido positivamente, porque implica negar a lei. Uma constituição que reconheça um direito à sua própria violação não poderia ser, estritamente falando, uma constituição. Por esse motivo, a Constituição de 1917, que tem sua origem na negação da autoridade da Constituição de 1857, proibiu as revoluções do mesmo modo que a anterior.

O direito à revolução não pode ser positivamente estabelecido *a priori*, apenas *a posteriori*. A lei da revolução só se torna lei positiva quando é, explícita ou implicitamente, reconhecida pelo povo.¹⁷⁴

Por um lado, essa interpretação é inconsistente com a estrutura das constituições modernas, algumas das quais consolidam o direito à revolução¹⁷⁵ e outras que contemplam violações à constituição, por atores políticos, em período de emergência declarada¹⁷⁶. Por outro lado, esses modelos podem ser internamente incoerentes, apesar dos melhores esforços de quem os tenha criado. Aonde isso nos leva?

“Em um tempo de revolução”, escreveu Walter Bagehot, “existem apenas dois poderes, a espada e o povo”.¹⁷⁷ Os agentes do Estado empunham a espada para defender o regime enquanto o povo busca um novo começo para si e para o seu Estado. Em desafio ao regime, as pessoas exercem seu direito natural à revolução¹⁷⁸, seja ele autorizado ou proibido pelo texto constitucional. Nenhuma constituição pode, buscando pressionar ou coagir efetivamente o povo, autorizar ou proibir revoluções. Um texto constitucional poderia, é claro, reconhecer o direito de revolução, como algumas constituições atualmente fazem, mas o povo teria esse direito independente da existência do dispositivo. Um texto constitucional pode até ter a pretensão de proibir uma revolução, mas isso não vai, e nem poderia, impedir as pessoas de exercer seu direito. A própria natureza do direito à revolução é que ele não reconhece limites, constitucionais ou não, codificados ou não, sobre quando e como ele começa, nem sobre quais resultados pretende alcançar. A revolução é limitada apenas pela capacidade organizacional e pela força coletiva do movimento que a constrói.

Ao pretender proibir uma nova constituição resultante de *rebelião*, a Constituição mexicana não deve ser mal interpretada, como se proibisse uma constituição que nasça de uma *revolução*. A diferença é

¹⁷⁴ Idem, p. 74

¹⁷⁵ Ginsburg et al., Cf. Nota de rodapé n° 148.

¹⁷⁶ Cf., e.g., Constituição Federal do Brasil, Artigo 136; Constituição da Finlândia., Cap. 2, Seção 23 (1999); Constituição das Filipinas, Art. VII, Seção 18 (1987); Constituição de Portugal., Pt. I, Tit. I, Art. 191 (1976); Constituição de São Cristóvão e Névis, Cap. II, Seção 19 (1983).

¹⁷⁷ Walter Bagehot, *The English Constitution* 78 (Paul Smith ed., 2008).

¹⁷⁸ *The Declaration Of Independence* (U.S. 1776); John Locke, *Two Treatises Of Government*, Livro II, Cap. XVII (Whitmore & Fenn, 1821).

que a primeira, oriunda de uma rebelião, não tem a aprovação, a força ou o consentimento do povo, enquanto que a segunda, fruto de uma revolução, tem. Também não devemos entender a proibição de uma constituição nascida da rebelião como uma autorização para promover revoluções, porque o texto claramente não fala em revolução, nem em se, como ou quando as pessoas devem promover uma revolução. Não obstante, a declaração de inviolabilidade da Constituição traz em seu núcleo a questão da revolução. Devemos entender a proibição de uma nova constituição nascida de rebelião como o reconhecimento, por parte da Constituição, do direito de revolução do povo. No momento em que uma rebelião assume o controle do governo e estabelece uma nova e ilegítima ordem constitucional, a Constituição insta o povo a restaurá-la, valendo-se de todos os meios necessários – inclusive empunhando armas. A proibição, portanto, estabelece um plano de restauração: o povo deverá recuperar o poder, a Constituição deverá ser restaurada e os responsáveis por subverter a ordem serão responsabilizados pelos seus crimes, conforme as regras previstas Constituição. Essa interpretação da declaração de inviolabilidade da Constituição permite conciliar o texto de proibição com o direito natural à revolução, ao mesmo tempo em que insere a história da nação, que passou por revoluções e rebeliões, na interpretação da Constituição.

VI. Inconstitucionalidade e Democracia

Nossos estudos sobre os Estados Unidos, a África do Sul, o Canadá e o México revelam como uma constituição pode ser inconstitucional em diferentes sentidos. Cada constituição inconstitucional está enraizada, entretanto, em fundações democráticas de diferentes forças. O caso norte-americano reflete uma tradição revolucionária que legitima o considerado julgamento do povo. O caso mexicano também emerge de uma tradição revolucionária, mas uma orientada para a ameaça de rebelião, um acontecimento comum na história do país. A Constituição da África do Sul, por outro lado, não possui os mesmos elementos revolucionários clássicos, mas apresenta componentes revolucionários não-convencionais: a transição do *apartheid* para a democracia foi uma revolução democrática que se prolongou por um longo período de tempo e contou com a mobilização das massa, mas não teve a violência característica de revoluções paradigmáticas, como a americana, a francesa e a russa¹⁷⁹. O fato de o resultado final na África do Sul ter sido alcançado por uma negociação pacífica, sem se valer dos meios revolucionários

¹⁷⁹ Cf. Richard Albert, *Democratic Revolutions* (June 1, 2011) (dissertação não publicada da BCL, University of Oxford) (arquivo com o autor)

convencionais, não prejudica o seu caráter revolucionário. O caso do Canadá, por sua vez, emerge de uma tradição decididamente não-revolucionária e reflete uma ideia de inconstitucionalidade a partir de uma perspectiva diferente: uma constituição, a fim de ser uma constituição, deve ser suscetível a mudanças formais quando as circunstâncias assim exigirem. Cada uma dessas quatro tradições constitucionais sugere que uma constituição não precisa ser constitucional para ser legítima.

Há, por fim, três temas que valem a nossa atenção: perspectiva, participação e o povo. O primeiro diz respeito à perspectiva com a qual devemos avaliar a constitucionalidade de uma constituição. H.L.A. Hart distinguiu entre pontos de vista interno e externo, o primeiro realizado por atores políticos dentro do sistema jurídico e o segundo por pessoas de fora desse sistema¹⁸⁰. De uma perspectiva interna, a Constituição dos Estados Unidos e o projeto da Constituição da África do Sul eram formalmente inconstitucionais, a primeira na medida em que violava as regras de mudança prevista nos Artigos da Confederação, e a segunda por violar, na perspectiva da Corte, os princípios constitucionais que deveriam ser observados. Apesar de ser possível que os atores políticos vejam a Constituição canadense como inconstitucional, é a partir de uma perspectiva externa que concluímos que a Constituição canadense é inconstitucional, uma vez que, na prática, seus elementos fundamentais são formalmente inalteráveis. Já Constituição mexicana pode ser julgada inconstitucional tanto pela perspectiva interna quanto pela externa. Os líderes políticos que perdessem o poder arguiriam a inconstitucionalidade de uma nova constituição, enquanto que os opositores que chegassem ao poder defenderiam sua constitucionalidade – os primeiros, acreditando que qualquer nova constituição é inválida e ilegítima; os últimos, alegando que seu controle político efetivo é a fonte de legitimidade da nova constituição. De uma perspectiva externa, podemos interpretar uma nova Constituição mexicana tanto como sendo constitucional, quanto como sendo inconstitucional, a depender da percepção que tivermos dos novos governantes, isto é, se eles foram ou não capazes de formar um consenso popular novo, válido e estável.

O segundo tema importante é a participação. Em cada caso, o problema legal de inconstitucionalidade pode ser remediado pela validação popular. Vemos isso mais claramente no caso dos Estados Unidos. Formalmente inconstitucional, a nova Constituição se eximiu

¹⁸⁰ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* 89 (3d ed. 2012) (“É possível analisar as regras, tanto como mero observador que não se submete a elas, tanto quanto como membro do grupo que se submete e as utiliza como regras de conduta. Podemos chamar essas perspectivas de, respectivamente, ponto de vista externo e interno).

de qualquer mancha de ilegitimidade quando o povo a ratificou em convenções constitucionais extraordinárias. A participação popular também pode ocorrer *ex ante*, como no caso da África do Sul, em que as pessoas participaram, por intermédio dos seus representantes, da redação multipartidária da Constituição Provisória. A lista de princípios que a Corte Constitucional utilizou como parâmetro de avaliação gozava, portanto, da legitimidade popular oriunda do processo de elaboração da Constituição Provisória. O caso mexicano também destaca a participação popular: a inconstitucionalidade de uma nova constituição pode ser superada se o povo considerar que o novo governo tem legitimidade. Quanto mais próxima a causa de substituição da constituição for de uma revolução popular, menos provável será a hipótese de a nova constituição ser vista como inconstitucional, tanto do ponto de vista interno quanto do externo. No Canadá, são as barreiras à ratificação de emendas, não à participação em si, que tornam a Constituição construtivamente não-emendável. No entanto, ao erguer barreiras tão altas à ratificação, a Constituição acaba por exigir uma mobilização em massa e a coordenação da participação popular para mudar a Constituição.

Tanto a perspectiva quanto a participação direcionam nossa atenção para um terceiro tema: o povo. A resposta à indagação de como uma constituição pode ser inconstitucional e, ainda assim, ser fundada em princípios democráticos apenas pode ser dada com referência ao povo como a fonte última de legitimação. Embora o povo nem sempre seja claramente identificável, são as pessoas que, por sua aprovação direta ou indireta, podem validar uma constituição inconstitucional. Elas podem defender os princípios constitucionais em revolução, elas podem aprovar uma constituição diretamente por referendo, podem conceder seu consentimento por aquiescência e podem, também, delegar seu poder de escrever ou aprovar uma constituição a agentes encarregados de representar seus interesses. Sob essas formas de consentimento popular, o povo possui um extraordinário poder de absolvição que pode transformar uma constituição formalmente inconstitucional em uma constituição legítima, ancorada em valores democráticos.

A questão que motivou esta investigação discutia se uma emenda constitucional pode ser inconstitucional. A resposta para essa questão é, obviamente, sim, uma emenda constitucional pode ser inconstitucional. Saber, no entanto, se uma constituição inteira pode ser inconstitucional suscita, ao mesmo tempo, questões semelhantes e diferentes. As perguntas são semelhantes uma vez que nos convidam a nos libertar de pressupostos formalistas que consideram que respeitar o texto constitucional é suficiente para haver constitucionalidade. Elas são diferentes porque os riscos de se

aceitar a inconstitucionalidade de uma constituição inteira são maiores se comparado a uma única emenda inconstitucional. Ainda assim, as várias maneiras pelas quais uma constituição pode ser inconstitucional – por uma questão de forma ou substância, e da perspectiva de democracia participativa ou legitimidade popular – convidam-nos a considerar motivos alternativos pelos quais seria possível declarar uma emenda constitucional inconstitucional, além dos motivos que as Cortes Constitucionais normalmente invocam. À luz dos crescentes ataques ao constitucionalismo liberal em países como Colômbia, Equador, Granada, Honduras, Hungria, Japão, Trinidad e Tobago, Turquia, Venezuela, entre outros¹⁸¹, os atores constitucionais podem exigir um novo conjunto de razões para invalidar mudanças constitucionais, a fim de proteger os fundamentos da democracia constitucional. Compreender como uma constituição pode ser inconstitucional pode nos ajudar a encontrar “justificativas de engenharia reversa” para declarar uma emenda inconstitucional. Deixo para outro dia, no entanto, a tarefa de formular essas justificativas – e também de defendê-las – e repito, por enquanto, apenas que uma constituição pode, ao mesmo tempo, ser inconstitucional e, no entanto, democrática.

¹⁸¹ Cf. Richard Albert, Amending Constitutional Amendment Rules, 13 INT’L J. CONST. L. 655, 658–59 (2015).