

A legitimidade democrática das cláusulas pétreas: um olhar a partir do caso da impressão de voto

*Jônatas Henriques Barreira**

Resumo

O trabalho aqui exposto visa explorar a polêmica a respeito da legitimidade democrática da teoria das cláusulas pétreas, bastante discutida no âmbito constitucionalista. Para oxigenar a discussão e partir de uma nova perspectiva, este artigo tem como base de reflexão a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.543, que invalidou dispositivo legal que estabelecia a impressão do voto. O artigo demonstra a dificuldade existente em se confiar à Jurisdição Constitucional a função contra-majoritária e a proteção das cláusulas pétreas.

Palavras-chave: Teoria da Constituição; Jurisdição Constitucional; Legitimidade democrática das cláusulas pétreas; Impressão do voto secreto; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.543.

Introdução

Sempre quando temas como, por exemplo, a pena de morte e a redução da maioria penal viram debate na opinião pública, parte da comunidade jurídica lança mão da proteção constitucional das cláusulas pétreas, a fim de destacar a impossibilidade destas alterações.

Recebido em: 23/01/2017 | Aprovado em: 20/02/2016

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v31i1.6693>

* Mestrando em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Bolsista financiado pela CAPES. Rio de Janeiro-RJ. Email: jotahbarreira@hotmail.com

De acordo com a Teoria das Cláusulas Pétreas, a Constituição Brasileira, no art. 60, §4º, ordena que certas alterações não podem sequer ser “deliberadas”,¹ ou seja, não podem ser objeto de discussão sem que haja rompimento da ordem constitucional.

Afastando-se da questão dogmática a respeito da abrangência das cláusulas pétreas e o que é ou o que não é cláusula pétrea, existem críticas à mencionada teoria, que contestam sua legitimidade democrática.

Assim, o presente artigo visa expor estes posicionamentos e realizar um contraponto, procurando um fundamento democrático que respalda a existência das cláusulas pétreas, afinal, deve existir algum motivo ou razão para que uma Constituição democrática como a de 1988, responsável pela redemocratização do país após a ditadura militar e garantidora de tantos direitos, tenha consagrado esta teoria. Em seguida, analisarei criticamente tal fundamento e sua efetividade.

Para avaliar a questão democrática, partirei da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543,² que declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 12.034/2009 que instituiu a impressão de voto pela urna eletrônica³. Embora a decisão não trate de inconstitucionalidade de emenda constitucional, a Suprema Corte brasileira entendeu que tais dispositivos feriam o voto secreto, consagrado como cláusula pétrea no art. 60, §4º, inciso II. No entanto, o voto impresso foi reinstituído recentemente pela Lei n. 13.165/2016.⁴

A escolha desta decisão como base para análise do problema se justifica pelo fato de lidar com a liberdade e o sigilo de votar, direito que encontrou inúmeros percalços na história brasileira e que até hoje é ameaçado.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.543*. Brasília: Diário Oficial da Justiça, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4543&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³ BRASIL. *Lei 12.034 de 2009*. Brasília: Diário Oficial da União, 2016a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.

⁴ BRASIL. *Lei n. 13.165 de 2016*. Brasília: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.

Breve explicação sobre Poder Constituinte e as críticas sobre a Teoria das Cláusulas Pétreas

A Teoria do Poder Constituinte surgiu para explicar o surgimento das Constituições. O Poder Constituinte é usualmente definido como uma manifestação criadora que constitui⁵ juridicamente um determinado Estado, através de uma Constituição. A Constituição fruto desta manifestação, portanto, cria este novo Estado, estruturando-o em diversos Poderes, aos quais foram denominados de “Poderes Constituídos”.

A origem desta teoria é atribuída a Emmanuel Joseph Sieyès, que escreveu a obra *Qu'est-ce que le tiers état?*⁶ no contexto da Revolução Francesa. Afirmava Sieyès, que cabia à nação francesa, através de representantes extraordinários, decidir sobre a Constituição, o que faziam durante um determinado tempo⁷. A partir de então, os representantes ordinários, ou seja, aqueles que viriam posteriormente, ficariam limitados ao que fora estipulado pelos representantes extraordinários, que atuaram em nome da “nação”.

Segundo o referido autor: “Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação”⁸. Assim, o Poder Constituinte é nada mais do que o poder de definir o pacto político e as suas respectivas regras.

Sieyès defende, ainda, a supremacia da “nação” que está acima da Constituição, sendo, portanto, “fonte” e “mestre supremo de todo direito positivo”⁹. Desta forma a nação tem poder para mudar o pacto sempre que o interesse geral exigir¹⁰. Assim, a capacidade de acionar o Poder Constituinte permanece sempre nas mãos do povo que pode substituir a Constituição quando necessário.

As Constituições têm como função precípua consolidar um pacto político e permitir estabilidade institucional, ou seja, a Constituição expressa o desejo de “terminar a revolução”¹¹. Entretanto, a mencionada estabilidade entra, muitas

⁵ No sentido de “dar forma”.

⁶ A versão utilizada para a elaboração deste trabalho traduz para o português como “A Constituinte Burguesa”.

⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 52-53.

⁸ SIEYÈS, 2001, p. 49.

⁹ SIEYÈS, 2001, p. 51.

¹⁰ SIEYÈS, 2001, p. 52.

¹¹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

vezes, em choque com a necessidade de mudar, caso contrário a Constituição se tornará o “governo dos mortos”.

Georg Jellinek¹² reconhece duas formas de alteração constitucional: a reforma, na qual existe a alteração formal do texto da Constituição de forma intencional e voluntária e a mutação constitucional, aquela em que o texto permanece intacto, embora seu sentido seja alterado não necessariamente de forma intencional. Assim, as reformas constitucionais ocorrem por via legislativa, enquanto as mutações constitucionais acontecem durante a aplicação da constituição, como no caso da atividade jurisdicional.

No entanto, a Constituição Brasileira, em seu artigo 60, §4º e incisos, determina que nem todas as reformas constitucionais são possíveis ao estabelecer que: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”: “a forma federativa do Estado”; “o voto direto, secreto, universal e periódico”; “a separação dos poderes”; e os “direitos e garantias individuais”¹³.

Antonio Negri¹⁴, em crítica ferroz ao constitucionalismo, afirma que: “a democracia é teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é teoria do governo limitado e, portanto, prática da limitação da democracia”. É como se o constitucionalismo afirmasse: “‘todo poder emana do povo’, entretanto deve seguir as regras escritas na Constituição (‘nos termos da Constituição’)”¹⁵.

Também contrastando democracia e constitucionalismo, porém de forma mais branda, Oscar Vilhena Vieira¹⁶ escreve que o constitucionalismo privilegia a proteção de direitos, enquanto a democracia enfatiza o governo da maioria.

No contexto específico da constituição brasileira atual, encontram-se críticas no sentido de que o instituto das cláusulas pétreas é democraticamente ilegítimo, pois vincula gerações futuras, impedindo que determinados assuntos sejam sequer debatidos, impondo uma verdadeira “ditadura constitucional”¹⁷.

¹² JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991, p. 7.

¹³ BRASIL, 1988.

¹⁴ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 7-8.

¹⁵ Conforme prenuncia o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Brasileira: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

¹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como Reserva de Justiça. *Lua nova*, n. 42, 1997, p. 56.

¹⁷ NOGUEIRA, Cláudia de Góes. A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. *Revista de Informação Legislativa*, v. 42, n. 166, abr./jun. 2005, p. 84-85. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/461/R166-05.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

A teoria das cláusulas pétreas é tão polêmica que foi criada, inclusive, a tese da dupla revisão, atribuída ao português Jorge Miranda¹⁸ e seguida em âmbito nacional por Manoel Gonçalves Filho¹⁹. Segundo esta tese, seria possível revogá-las por meio de emenda constitucional, já que o processo de modificação constitucional não está incluído no rol de “cláusulas pétreas”.

Sendo assim, seria possível revogar o artigo 60, §4º, inciso IV, por meio de emenda constitucional, e, através de uma segunda emenda, suprimir ou abolir a “cláusula pétrea” indesejada. Eis, então, o porquê do nome da Tese da “dupla revisão”.

Outro argumento levantado por Manoel Gonçalves²⁰ possui conteúdo mais empírico, ele cita a Constituição Portuguesa de 1976, cujo artigo 288²¹ dispõe limitações materiais, tais como as existentes no Brasil, e teve seu rol alterado com a supressão de três das suas alíneas e a inclusão de duas novas.

As alíneas suprimidas diziam respeito à “apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos”, “planificação democrática da economia” e “a participação das organizações populares de base do exercício do poder local” (alíneas *f*, *g* e *j*). As alíneas incluídas versam sobre: “coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção” e “a existência dos planos econômicos no âmbito de uma economia mista”²².

No entanto, nesse quesito, é evidente a diferença entre a Constituição Brasileira e a Constituição Portuguesa. A Constituição Brasileira é muito mais contida ao limitar materialmente o Poder Reformador, diferentemente da Portuguesa que elenca uma quantidade muito grande de matérias, já que originalmente eram quinze alíneas e, atualmente, são quatorze²³.

Além disso, talvez tenha sido insensata e antidemocrática a atitude do constituinte português em petrificar questões diretamente relacionadas à política econômica, assunto que é terreno de polvorosas discussões ideológicas.

Em sentido contrário às críticas à existência de limites materiais às reformas constitucionais, utilizava-se a Odisséia de Ulisses como metáfora, ilus-

¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: Tomo II. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 230 e 235.

¹⁹ GONÇALVES FILHO, Manoel. *O Poder Constituinte*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 193.

²⁰ GONÇALVES FILHO, 2014, p. 194.

²¹ Originalmente era o artigo 290 cf. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa* (texto originário da Constituição, aprovada em 2 de abril de 1976). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

²² GONÇALVES FILHO, 2014, p. 194.

²³ PORTUGAL, 1976; PORTUGAL *Constituição da República Portuguesa* (VII Revisão Constitucional [2005]). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

tração trazida ao contexto do constitucionalismo e da autorrestrição por John Elster e citada, no Brasil, para refletir sobre as cláusulas pétreas, por Oscar Vilhena Vieira²⁴ e Luís Virgílio Afonso da Silva²⁵.

A ideia seria comparar as cláusulas pétreas ao mastro do navio ao qual Ulisses foi amarrado a seu pedido por seus companheiros para que, ao se encantar com o canto das sereias, não fosse em busca delas. O canto das sereias, em contrapartida, representaria as paixões e interesses que possibilitariam as maiorias qualificadas sacrificar o bem comum.

Entretanto, o próprio Jon Elster mudou sua visão sobre as constituições como dispositivos de pré-compromisso e autorrestrição, graças a uma crítica feita pelo historiador norueguês Jens Arup Seip que lhe disse que: “No mundo da política, as pessoas nunca tentam restringir a si próprias, mas apenas aos outros”²⁶. Neste sentido, na política, para Elster, o que se quer é amarrar o outro e não a si próprio.

Ainda, Jon Elster afirma que não se pode ver os constituintes como muito diferentes dos políticos ordinários, ou seja, não é possível dizer que os constituintes não estejam isentos de paixões e interesses privados²⁷.

Konrad Hesse²⁸, em outra linha de raciocínio, defende que os limites materiais servem para proteger o núcleo material da Constituição, resguardando os fundamentos da lei fundamental. Visaria, portanto, evitar que um suicídio da democracia estatal-jurídica seja realizada com as vestes de legalidade.

Em contraposição à objeção da vinculação das gerações futuras, Hesse²⁹ escreve que é natural que uma Constituição que perdeu sua força normativa não consiga proibir as modificações constitucionais. No entanto, a Constituição não poderá cumprir sua tarefa se estiver totalmente à disposição da maioria qualificada do Poder Legislativo.

Toda essa discussão teórica serve para melhor entendimento do problema democrático, que servirá de base para problematizar ainda mais sob o ponto de vista do contexto brasileiro e do estudo de caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.543.³⁰

²⁴ VIEIRA, 1997, p. 53-54.

²⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o Poder Constituinte Derivado. *Revista de Direito Administrativo*, n. 226, p. 11 e 30, out./dez. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47233/44644>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

²⁶ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*. Tradução de Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 7.

²⁷ ELSTER, 2009, p. 219.

²⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 511-512.

²⁹ HESSE, 1998, p. 511.

³⁰ BRASIL, 2013.

O voto secreto no Brasil, a ADI 4.543 e as cláusulas pétreas

Hoje existe uma forte desconfiança contra a urna eletrônica, no entanto, a desconfiança no processo eleitoral no Brasil não é preocupação exclusiva da atualidade. Na história do Brasil, são incontáveis as fraudes que existiram ao longo do percurso da república brasileira.

Jairo Nicolau³¹, abordando sobre o voto no período da República Velha, relata que as fraudes viciavam todas as fases do processo eleitoral (alistamento dos eleitores, votação, apuração de votos e reconhecimento dos eleitos). De 1892 a 1916, foi retirado do Judiciário a responsabilidade de realizar o alistamento eleitoral, o que fez com que facções locais pudessem controlar o ato, permitindo todo tipo de fraudes para incluir os correligionários e excluir os adversários³².

Com a liberdade de voto não era diferente, por exemplo, em 1904, uma lei foi responsável por introduzir um mecanismo denominado “voto a descoberto” que prejudicava o sigilo do voto, embora este fosse formalmente garantido. Este mecanismo funcionava da seguinte maneira: o eleitor deveria apresentar duas cédulas a serem assinadas pela mesa eleitoral, sendo que depois uma era depositada na urna, enquanto a outra ficava em poder do eleitor. Desta forma, era possível que lideranças locais tivessem controle do voto dos eleitores, já que era possível deles exigir a cédula como comprovante do voto³³.

Victor Nunes Leal³⁴ escreve que os governos estaduais dispendiam enormes esforços para obter apoio dos chefes locais para que conseguissem formar maioria nas eleições estaduais e federais. Ao mesmo, tempo interessava às facções locais demonstrar que possuíam a maioria do eleitorado para que assim obtivessem as preferências e contribuições do governo estadual³⁵. Diante deste acerto de cavalheiros, quem sofria era o eleitor.

Partindo para um contexto mais atual, o voto secreto ainda hoje é ameaçado em alguns contextos. Um Relatório de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) realizada na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro constatou a existência de currais eleitorais na capital fluminense. Por exemplo, aponta o relatório que, no bairro de Campo Grande, um vereador e um deputa-

³¹ NICOLAU, Jair. *A história do voto no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002, p. 34.

³² NICOLAU, 2002, p. 28.

³³ NICOLAU, 2002, p. 33.

³⁴ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1997, p. 74.

³⁵ LEAL, 1997, p. 69.

do estadual, associados à milícia local, conseguiram se eleger graças à criação de currais eleitorais em comunidades carentes daquela região³⁶.

O Tribunal Regional Eleitoral desse Estado já havia reconhecido o poder de milícias em coibir cidadãos a votar em candidatos alinhados com estas organizações criminosas. Ainda em 2008, o TRE-RJ afirmou que orientaria fiscais e mesários a serem cautelosos com a entrada de crianças juntamente com os adultos nas urnas eletrônicas, pois este poderia ser um mecanismo de fiscalização do voto por parte das milícias³⁷.

Em 2012, houve a preocupação em não permitir que os eleitores entrassem na cabine com aparelho celular, uma vez que o Tribunal recebeu a informação de que em áreas dominadas por organizações criminosas é comum se exigir fotografia da urna eletrônica para comprovar o voto em determinado candidato³⁸.

Esses fatos todos demonstram que a preocupação em relação ao sigilo do voto não é apenas algo relativo à República Velha, mas que permanece até hoje.

Em razão da desconfiança das urnas eletrônicas, no ano de 2009, foi aprovado o voto impresso por meio do artigo 5º da Lei 12.034/2009, que determinava da seguinte maneira:

Art. 5º Fica criado, a partir das eleições de 2014, inclusive, o voto impresso conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto e observadas as seguintes regras:

§ 1º A máquina de votar exibirá para o eleitor, primeiramente, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, as referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual do eleitor e confirmação final do voto.

§ 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, *a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital.*

§ 3º *O voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado*³⁹.

³⁶ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*. Comissão Parlamentar de Inquérito (Resolução nº 433/2008). Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 2008, p. 53-54. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³⁷ G1. *TRE-RJ quer impedir o uso de crianças como olheiros de voto*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Eleicoes2008/0,,MUL785142-15693,00-TRE-RJ+QUER+IMPEDIR+O+USO+DE+CRIANCAS+COMO+OLHEIROS+DE+VOTO.html>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

³⁸ PEREIRA, Robson. TRE-RJ afirma que não vai tolerar pressões de milícias. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-30/tre-rj-afirma-nao-tolerar-pressoes-milicias-dia-votacao>>. Acesso em: 23 de jan. 2017.

³⁹ Os trechos em itálico não constam do texto original, mas foram utilizados como forma de destacar trechos importantes.

§ 4º Após o fim da votação, a Justiça Eleitoral realizará, em audiência pública, auditoria independente do software mediante o sorteio de 2% (dois por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral, respeitado o limite mínimo de 3 (três) máquinas por município, que deverão ter seus votos em papel contados e comparados com os resultados apresentados pelo respectivo boletim de urna. § 5º É permitido o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica⁴⁰.

Como se verifica, a lei não tinha o objetivo de acabar com a urna eletrônica, muito pelo contrário, objetivava apenas incluir um mecanismo que imprimisse uma espécie de comprovante de voto, que seria depositado em local lacrado sem contato manual com o eleitor e, posteriormente, usado para auditoria.

Entretanto, a Procuradoria-Geral da República ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.543 em face destes dispositivos, alegando, sobretudo, que a impressão do voto permitiria a identificação dos eleitores, “por meio da associação de sua assinatura digital ao número único de identificação impresso pela urna eletrônica”⁴¹.

O então Presidente do Senado Federal se opôs às afirmações da inicial, dizendo que a assinatura digital ao qual o dispositivo se refere não diz respeito à assinatura do eleitor, mas da urna eletrônica⁴².

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade destes dispositivos, entendendo que infringiam, inclusive, o art. 60, §4º, II, que consagra o voto secreto como cláusula pétrea, deixando subentendido que a impressão de voto não poderia ser instituída nem mesmo por emenda constitucional.

Destaca-se aqui o voto vencedor proferido pela relatora, a Ministra Carmen Lúcia:

Eventual vulneração deste segredo do voto comprometeria não apenas o art. 14 da Constituição da República, mas também o inc. II do §4º do seu art. 60, tido como núcleo imodificável do sistema, não podendo ser sequer objeto de emenda constitucional a proposta que tenda a abolir o sigilo do voto⁴³.

Foram variados os argumentos levantados pelos ministros, sobretudo pela relatora, que considerava a lei um retrocesso. Acatando os argumentos da Pro-

⁴⁰ BRASIL. *Lei 12.034/2009*. Brasília: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12034.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.

⁴¹ BRASIL, 2013, p. 4.

⁴² BRASIL, 2013, p. 6.

⁴³ BRASIL, 2013, p. 15.

curadoria-Geral da República, entenderam os ministros que, por exemplo, o sigilo estaria ameaçado em eventual travamento do papel na urna eletrônica, já que haveria necessidade de intervenção humana, possibilitando que os votos registrados fossem vistos pelo servidor⁴⁴. E, ainda, apesar do esclarecimento prestado pelo Presidente do Senado Federal, a ministra relatora argumentou que “o número de identificação associado à assinatura digital pode favorecer até mesmo a coação de eleitores pela possibilidade que cria de vincular o voto a compromissos espúrios”⁴⁵.

De fato, o texto normativo é pouco claro, tanto que deu a entender à Procuradoria-Geral da República que a assinatura digital se tratava da assinatura do eleitor.

Complementando, o ministro Luiz Fux, no mesmo julgado, assinalou que o Supremo Tribunal Federal deve exercer sua *função contramajoritária* contra o Poder Legislativo, quando há ferimento de direito fundamental, como é o caso do voto direto e secreto⁴⁶.

A criação da impressão do voto que contenha qualquer possibilidade de identificação do eleitor, portanto, não poderia ser instituída nem mesmo por um interesse da maioria, que poderia desconfiar do sistema das urnas eletrônicas, em razão da possibilidade de se recair coação em face de um número menor de eleitores.

Assim, a cláusula pétrea do voto secreto seria legítima, tendo em vista a conturbada história do voto no Brasil.

Entretanto, no fim de 2015, foi promulgada a Lei n. 13.165/2016, que altera o artigo 59-A, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.504/97, trazendo novamente o voto impresso, mas da seguinte maneira:

Art. 59-A. No processo de votação eletrônica, a urna imprimirá o registro de cada voto, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

Parágrafo único. O processo de votação não será concluído até que o eleitor confirme a correspondência entre o teor de seu voto e o registro impresso e exibido pela urna eletrônica⁴⁷.

⁴⁴ BRASIL, 2013, p. 15.

⁴⁵ BRASIL, 2013, p. 15.

⁴⁶ BRASIL, 2013, p. 32.

⁴⁷ BRASIL. *Lei n. 9.504/97*. Brasília: Diário Oficial da União, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.165/2016*. Brasília: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm>. Acesso em: 23 jan 2017.

O *caput* do dispositivo em muito se assemelha aos §§2º e 3º do artigo 5º da lei 12.034/2009 declarado inconstitucional, com a diferença de não citar número de identificação do voto, nem qualquer tipo de assinatura digital. É possível enxergar esta situação de duas maneiras: a jurisdição constitucional foi efetiva em cumprir seu papel, tendo em vista a diferença dos dois dispositivos ou inefetiva, já que o Legislativo desafiou o Judiciário ao criar nova lei com medida semelhante.

As experiências autoritárias e o fundamento das cláusulas pétreas como determinação em não retornar ao passado

Ainda sobre o voto, não apenas é cláusula pétrea o voto secreto, mas também o voto direto, periódico e universal⁴⁸. O Ato Institucional nº 2 (AI-2) aboliu, durante o Regime Militar, a eleição direta para Presidente da República⁴⁹, retirando o alcance do voto à escolha do Chefe do Poder Executivo. Em relação ao voto universal, houve períodos na história brasileiro em que analfabetos, mulheres ou pessoas que não tinham determinadas condições econômicas podiam votar.

Quanto à forma federativa do Estado⁵⁰, esta sofreu duro golpe durante o Regime Militar, uma vez que o Ato Institucional nº 2 conferia poderes ao Presidente para arbitrariamente intervir nos Estados⁵¹, o que representava uma afronta à autonomia dos Estados, elemento essencial da forma federativa de um Estado⁵².

A Separação dos Poderes⁵³, por sua vez, foi lesionada durante toda história republicana brasileira, mas principalmente durante o Regime Militar. O Ato Institucional nº 2, por exemplo, concedia ao Presidente da República o poder

⁴⁸ Art. 60, §4º, II, Constituição (BRASIL, 1988).

⁴⁹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 165.

BRASIL. *Ato Institucional nº 2*. Brasília: 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 23 de jan. 2017.

⁵⁰ Art. 60, §4º, I, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

⁵¹ CARVALHO, 2014, p. 165; BRASIL, 1965.

⁵² Embora exista Intervenção Federal na Constituição de 1988, esta prevê mecanismos de controle e reduz as possibilidades de intervenção em rol taxativo, conforme os artigos 34 e 36 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

⁵³ Art. 60, §4º, III, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

para dissolver o Congresso, o que foi feito através do Ato Institucional nº 5⁵⁴. Relativamente ao Judiciário, o AI-2 alterou o art. 94 da então vigente Constituição de 1946, aumentando o número de ministros do Supremo Tribunal Federal para que fosse possível indicar partidários do governo⁵⁵.

Quanto aos direitos e garantias individuais⁵⁶, basta lembrar das violações e restrições ocorridas durante o Regime Militar em que foram realizadas prisões arbitrárias, tortura e assassinatos. Impossível não recordar do abusivo Ato Institucional nº 5, que restringiu diversos direitos, como, por exemplo o *habeas corpus* para crimes contra a segurança nacional⁵⁷.

Assim, é possível verificar em cada cláusula pétrea um conteúdo empírico, uma determinação em não querer retornar ao passado. Pensando dessa maneira, a melhor metáfora para as cláusulas pétreas talvez não fosse Ulisses e as Sereias, mas o mito da Caixa de Pandora.

A vulnerabilidade das minorias no sistema republicano e a possível legitimidade democrática das cláusulas pétreas

James Madison⁵⁸ identifica uma fonte de problemas para a democracia: a existência de diversas facções, questão intrínseca à natureza humana. Ele define facção como sendo um grupo de cidadãos, majoritário ou não, com impulsos, paixões e interesses em comum.

Enquanto a facção é minoritária, o princípio republicano é suficiente para contê-la. No entanto, a questão se torna realmente problemática quando uma facção se torna majoritária, pois a forma de governo popular, neste caso, lhe permite inclusive sacrificar o bem público e os direitos dos demais cidadãos em prol de suas paixões e interesses⁵⁹.

Alexis de Tocqueville⁶⁰ faz comentário semelhante, já que, ao discorrer sobre a deliberação política, no Capítulo VII de sua obra “Democracia na América”, destaca o que chama de “onipotência da maioria”, onde afirma que “é

⁵⁴ CARVALHO, 2014, p. 165-166.

⁵⁵ CARVALHO, 2014, p. 165; BRASIL, 1965.

⁵⁶ Art. 60, §4º, IV, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

⁵⁷ CARVALHO, 2014, p. 166-167.

⁵⁸ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Os Artigos Federalistas 1787-1788: Edição Integral. Tradução de Maria Luiza X. de A. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1989, p. 133-134.

⁵⁹ MADISON, HAMILTON e JAY, 1989, p. 136.

⁶⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 190.

da própria essência dos governos democráticos que o império da maioria seja absoluto”.

Mais adiante, Tocqueville toma o conceito de maioria como sendo a opinião um indivíduo tomada coletivamente contra outro indivíduo, a qual chamamos de “minoridade”. O autor coloca contra a maioria uma posição de desconfiança, afirmando que “o poder de tudo fazer, que recusa a um só de meus semelhantes, eu não o atribuiria nunca a vários deles”⁶¹.

Tocqueville reconhece, portanto, que até mesmo a regra majoritária deve ter seus limites. Partindo da constatação desta necessidade e deslocando o raciocínio para um outro contexto, podemos pensar que as cláusulas pétreas, exatamente por serem limites materiais ao Poder de Reforma Constitucional, são uma opção de obstáculo à tirania da maioria, pois limitam o “poder de tudo fazer” ao Poder Reformador, preservando os direitos e garantias individuais das minorias.

Por isto, Elster⁶² afirma que algumas Constituições, como parece ser o caso brasileiro, petrificam alguns direitos, imunizando-os contra emendas, como forma de proteger as minorias. Aliás, Alexander Bickel⁶³, no contexto norte-americano, afirma que a própria função da Corte Suprema é exercer uma função contramajoritária em relação ao Poder Legislativo e ao Poder executivo.

Embora Tocqueville e Madison tenham escrito suas obras em contextos diferentes do atual, a preocupação com a tirania da maioria e com o faccionismo permanecem atuais e podem ser enxergados à luz dos problemas contemporâneos, possibilitando prever possíveis restrições ou abolições de direitos de minorias étnicas, religiosas, culturais, entre outras; ou até mesmo a minoria de pessoas que transgrida a legislação penal e se torne sujeita ao poder punitivo estatal.

Definindo a partir da obra de Tocqueville, maioria, como anteriormente dito, seria uma opinião majoritária que se contrasta com uma opinião minoritária e que, portanto, poderia restringir direitos dos detentores desta última. Trazendo para um contexto mais atual, um sujeito que é processado criminalmente, tem o interesse e opinião favorável a responder ao processo penal de forma justa, tendo acesso ao contraditório e a ampla defesa, assim como outras

⁶¹ TOCQUEVILLE, 2010, p. 194.

⁶² ELSTER, 2009, p. 136 e 169.

⁶³ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16, 17 e 21.

garantias individuais. Em sentido contrário, a maioria, na forma da opinião pública, pode querer esmagar suas garantias para puni-lo. Por isso, é imprescindível ter garantias constitucionais sólidas que resistam até mesmo à pressão da opinião pública.

Pensando de outra maneira, admitindo que um mesmo indivíduo tenha diversas opiniões e interesses sobre os mais variados assuntos, uma mesma pessoa pode ser maioria e minoria em questões diferentes. Por exemplo, um indivíduo pertencente a uma religião minoritária, pode estar naquela maioria que defende a supressão de garantias penais.

Neste ponto, paradoxalmente é interessante para maioria que exista um limite ao poder dela própria, uma vez que um indivíduo pode pertencer a uma maioria e a uma minoria em temas diferentes ao mesmo tempo ou ainda, que um indivíduo pertencente a uma maioria, passe a pertencer a uma minoria, como no caso do processamento penal.

Partindo para o tema proposto pelo artigo que é a proteção do voto secreto, a cláusula pétrea, como visto, foi importante para proteger uma minoria de pessoas que poderia ter o sigilo de seu voto comprometido, mesmo que isto não afetasse a maioria.

O elenco de cláusulas pétreas na Constituição Brasileira é bastante interessante, pois enrijece determinadas garantias que foram sistemática e institucionalmente violados⁶⁴. Isto inclui o voto secreto, mas não apenas ele, como demonstrado anteriormente.

Por isso, Elster, acompanhando Cass Sustein, afirma que disposições constitucionais podem servir para atuar precisamente sobre aspectos da tradição ou paixões de um país que tenham causado danos aos processos políticos de um país⁶⁵. No entanto, Elster afirma que as disposições constitucionais de autor-restrição acabam tendo razões partidárias como real fundamento.

O Tribunal Constitucional e a preservação das cláusulas pétreas

Um dos problemas de tentar solucionar o problema da “tirania da maioria” por meio da Constituição é que esta depende de um órgão que proteja sua execução, um órgão que garanta que a norma constitucional seja respeitada e

⁶⁴ VIEIRA, 1997, p. 59.

⁶⁵ SUSTEIN, Cass. Constitutionalism, prosperity, democracy. *Constitutional Political Economy* 2, p. 371-394, 1991, p. 385 apud ELSTER, 2009, p. 200-201.

anule os atos que contra ela atentem, o que, segundo a Teoria das Cláusulas pétreas, inclui até mesmo as emendas constitucionais.

Com a Constituição de 1988, o Supremo passou a ser uma espécie de Poder Moderador, possuindo a ter a responsabilidade de emitir a “última palavra” sobre inúmeras questões substanciais, as vezes substituindo, inclusive, decisões majoritárias⁶⁶.

Conforme Oscar Vilhena Vieira nos avisa, algumas das cláusulas pétreas tem conteúdo valorativo bem abstrato, como, por exemplo, os “direitos e garantias individuais”⁶⁷, o que torna a interpretação constitucional um terreno de disputa ideológica. Tais abstrações dão abertura enorme aos ministros do Supremo Tribunal Federal, que podem atuar de forma progressiva em alguns casos e nem tanto em outros.

Aliás, Kelsen defendeu que não existe, em todas as hipóteses, uma única forma de interpretar correta, mas que as normas jurídicas podem oferecer várias maneiras de interpretar o direito⁶⁸. André Saddy afirma que esta margem de liberdade confere à autoridade judicial uma verdadeira subjetividade ou autonomia pública jurisdicional⁶⁹.

Especificamente sobre interpretação constitucional, Roberto Gargarella⁷⁰ adverte que a existência de vários métodos hermenêuticos, muitas vezes opostos, e a subjetividade de escolha em quais usá-los e quais não usar, permite que juízes definam primeiro (de acordo com suas preferências e interesses) a decisão a que querem chegar e depois utilizem o método interpretativo mais adequado para atingir esta finalidade.

Problematizando ainda mais, a má interpretação ou má compreensão das cláusulas pétreas pode “servir como barreira intransponível às decisões majoritárias, protegendo privilégios ou instituições incompatíveis com as necessidades impostas por uma história em constante fluxo”⁷¹.

Com base nisto, o Supremo Tribunal Federal poderia decidir de acordo com os interesses da maioria em detrimento dos interesses minoritários, ou seja, a

⁶⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 8, p. 445, jul./dez. 2008.

⁶⁷ VIEIRA, 1997, p. 95.

⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 391.

⁶⁹ SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 32 e 34.

⁷⁰ GARGARELLA, Roberto. Capítulo X: De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina. *Teoria y crítica del Derecho Constitucional*. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 244.

⁷¹ VIEIRA, 1997, p. 60.

Corte Constitucional poderia fugir de seu papel contramajoritário, interpretando a Constituição de acordo com o critério hermenêutico que assim o permita. Assim, o Supremo Tribunal Federal poderia ceder a pressões da opinião pública e flexibilizar ou até não dar efetividade às cláusulas pétreas. Partindo para um ponto de vista ainda mais cético, os membros da Suprema Corte poderiam interpretar normas de acordo com interesses particulares ou de outros.

O recente julgado do Supremo Tribunal Federal, no HC 126.292, questiona bastante o respeito da Corte perante as cláusulas pétreas⁷². Neste caso, o tribunal entendeu que seria constitucional a prisão provisória antes do trânsito em julgado, mesmo que o artigo 5º, inciso LVII, diga que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O inciso é indiscutivelmente uma garantia individual, seja pelo seu conteúdo ou seja pela sua localização no texto constitucional. Desta forma, se entendido que a Constituição exige a prisão em trânsito em julgado para a prisão⁷³, o Supremo teria restringido garantia individual, ou seja, dispositivo protegido por cláusula pétrea.

As razões para este entendimento foi a preocupação com a efetividade da jurisdição penal, no entanto, isto não pode se dar com sacrifício de imperativos constitucionais. No caso, o Judiciário atuou de modo a agradar a opinião pública, que, com legítimas razões, a cada dia mais se queixa dos problemas trazidos pela criminalidade e impunidade no país.

Mas isto ocorreu não apenas no HC 126.292, Oscar Vilhena Vieira cita a decisão da perda de cargo eletivo por infidelidade partidária como exemplo de caso em que o Supremo não agiu como mero legislador negativo, mas como Poder Reformador, já que criou nova categoria de perda de mandato, não prevista no artigo 55 da Constituição Federal⁷⁴.

Acrescenta também o caso da Reclamação 4.335, em que o STF⁷⁵ retirou aplicabilidade prática do artigo 52, inciso X, da Constituição, dispositivo que

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292. Diário Oficial da Justiça, 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

⁷³ A decisão é bastante polêmica, já que discute conceitos como “culpado”, afirmando-se, por exemplo, que ser culpado não é sinônimo de ser preso, entre outras polêmicas que fogem ao objeto deste artigo.

⁷⁴ VIEIRA, 2008, p. 455.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

confere a competência ao Senado Federal de sustar leis reconhecidas como inconstitucionais, em sede de controle de constitucionalidade difuso, pelo STF⁷⁶.

Assim, o STF agiu também, neste caso, como legislador constituinte, agredindo, inclusive, cláusula pétrea da “separação dos poderes” (art. 60, §4º, III), já que transferiu a competência privativa do Senado Federal de sustar aquelas leis para o Supremo Tribunal Federal⁷⁷. Desta maneira, questiona-se: como confiar ao STF a função de preservar as cláusulas pétreas, se a própria Corte não o faz?

Voltando para o tema da ADI 4.543, é impossível dizer que a decisão foi de fato com o intuito de preservar o voto secreto e exercer a função contramajoritária, já que havia também uma questão financeira importante. Como foi mesmo acentuado na própria decisão, a impressão do voto acarretaria em um aumento considerável de gastos com as eleições⁷⁸.

Outro problema é que colocar a função de preservar a democracia nas mãos do Judiciário é uma solução bastante elitista e paternalista, fora a polêmica da legitimidade democrática do próprio controle de constitucionalidade. Dar Liberdade a onze juízes para dizer o que pode ou não pode ser alterado na Constituição é bastante problemático, já que é difícil descobrir quais são os reais motivos que os levam a se posicionar de um modo ou de outro.

Considerações finais

Concluo então que as cláusulas pétreas, principalmente no contexto brasileiro, possuem uma justificação democrática, tendo em vista a trajetória antidemocrática que tivemos, com a recorrente supressão de direitos e atitudes totalitárias por parte das autoridades.

Neste ponto, a decisão do Supremo na ADI 4.543 pode ter sido positiva, pois provocou posterior readequação da ideia da impressão de voto por meio de lei posterior - Lei n. 13.165/2016 -, já que esta última não inseriu nenhum tipo de identificação do voto ou de assinatura digital. No entanto, a atuação da jurisdição constitucional também pode ter se demonstrado inefetiva, já que o voto impresso foi novamente instituído através da Lei n. 13.165/2016, mesmo com a total procedência daquela ação direta de inconstitucionalidade.

⁷⁶ VIEIRA, 2008, p. 455-456.

⁷⁷ VIEIRA, 2008, p. 456.

⁷⁸ BRASIL, 2013, p. 22.

A intangibilidade de alguns dispositivos constitucionais pode conferir maior proteção das minorias, sendo, portanto, um dispositivo contramajoritário. No entanto, estas cláusulas pétreas devem ser definidas de forma sábia, como parece ser o caso da Constituição de 1988.

O texto constitucional brasileiro não parece de fato ter a intenção de amarrar os adversários políticos, já que propõe um número restrito de cláusulas inabolíveis, diferentemente do que ocorreu com a Constituição Portuguesa que petrificou temas relacionados à política econômica e ao modo de produção, com intuito de amarrar as gerações futuras em um projeto ideológico.

No entanto, conferir o poder decisório final ao Judiciário é sempre um problema, o que suscita a eterna polêmica a respeito do *judicial review*. Poderíamos permitir uma nova “tirania da minoria”, cujos interesses ficariam escondidos sob o manto da juridicidade pelo Supremo Tribunal Federal. Esta seria infinitamente pior do que a tirania da maioria apontada por Tocqueville.

Seria possível sugerir que o desenho institucional brasileiro permita, eventualmente, levar ao povo por meio de consulta popular, a possibilidade de derubar uma decisão judicial que tenha invalidado uma emenda constitucional. Contudo, esta proposta não destruiria a possibilidade de opressão de minorias.

The democratic legitimacy of the stony clauses: a look from the case of the printed vote

Abstract

This work here exposed aims to explore the controversy about the democratic legitimacy of the stony clause's theory, continually discussed on the constitutionalist ambit. To oxygenize and depart from a new perspective, this article has as base of reflexion the Unconstitutionality Direct Action n. 4.543, which nullified the legal disposition that had established the printed vote. The article demonstrates the difficulty of trusting the contra-majoritarian function and the protection of the stony clauses to the Constitutional Court.

Keywords: Constitutional Theory; Judicial review; Democratic legitimacy of the stony clauses; secret vote print; Unconstitutionality Direct Action n. 4.543.

Referências

- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*: Para uma crítica do Constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BRASIL. *Ato Institucional nº 2*. Brasília: 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.
- _____. *Ato Institucional nº 5*. Brasília: 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.
- _____. *Lei n. 9.504 de 1997*. Brasília: Diário Oficial da União, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.
- _____. *Lei 12.034 de 2009*. Brasília: Diário Oficial da União, 2016a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.
- _____. *Lei n. 13.165 de 2016*. Brasília: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.543*. Brasília: Diário Oficial da Justiça, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4543&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 jan. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 126.292*. Diário Oficial da Justiça, 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 23 jan. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 23 jan. 2017.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora Unesp, 2009.
- ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*. Comissão Parlamentar de Inquérito (Resolução nº 433/2008). Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 2008. Disponível: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

G1. *TRE-RJ quer impedir o uso de crianças como olheiros de voto*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Eleicoes2008/0,,MUL785142-15693,00-TRERJ+QUER+IMPEDIR+O+USO+DE+CRIANCAS+COMO+OLHEIROS+DE+VOTO.html>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

GARGARELLA, Roberto. Capítulo X: De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina. *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

GONÇALVES FILHO, Manoel. *O Poder Constituinte*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o regime representativo no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1997.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas 1787-1788: Edição Integral*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1989.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Tomo II*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NICOLAU, Jair. *A história do voto no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

NOGUEIRA, Cláudia de Góes. A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. *Revista de Informação Legislativa*, v. 42, n. 166, abr./jun. 2005, p. 79-93. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/461/R166-05.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

PEREIRA, Robson. TRE-RJ afirma que não vai tolerar pressões de milícias. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-30/tre-rj-afirma-nao-tolerar-pessoes-milicias-dia-votacao>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa* (texto originário da Constituição, aprovada em 2 de abril de 1976). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa* (VII Revisão Constitucional [2005]). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

SADDY, André. *Apreciatividade e Discrecionalidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o Poder Constituinte Derivado. *Revista de Direito Administrativo*, n. 226, p. 11-32, out./dez. 2001. Disponível em: <<http://biblioteca-digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47233/44644>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

SUSTEIN, Cass. Constitutionalism, prosperity, democracy. *Constitutional Political Economy* 2, p. 371-394, 1991.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como Reserva de Justiça. *Lua nova*, n. 42, 1997, p. 53-97.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2017.