Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 9 – janeiro/fevereiro/março de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA

Prof. Sepúlveda Pertence
Ministro do Supremo Tribunal Federal

Senhores congressistas, Sr. Presidente desses trabalhos, eminente Procurador Geral do Estado, meu caro amigo Professor Paulo Modesto. Foi com imensa satisfação que atendi, pressurosamente devo confessar, o convite para rever a Bahia e participar desse Congresso tão qualificado pelos juristas que se sucederam nos diversos painéis.

É verdade que ontem, já tarde da noite, ao chegar a Salvador, tive uma surpresa honrosa, mas preocupante, que eu quase diria traiçoeira: a de que, convidado para participar de um dos painéis, com o tempo insuperável de trinta minutos, Paulo Modesto me comunica que essa participação se transformara numa exposição solitária, com o pomposo de título de conferência de encerramento. Se fossem outras as circunstâncias, o fascínio que desperta o tema controle da constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a mim me agradaria a reserva de tempo maior para reflexão, pelo menos com esta gente, que está aqui desperdiçando um final de sexta-feira em Salvador.

A rotina dos juizes do Supremo Tribunal, não é a velha história do excesso de trabalho de todos os juízes, vem transformando a cada dia a vida dos seus onze integrantes numa vida de angústia permanente, já não é tanto o trabalhar sem cessar, é pela certeza de que não adianta mais trabalhar. O que

há de pensar o Tribunal, com a responsabilidade de órgão de cúpula do judiciário e de guarda da constituição do país, quando vai ultrapassar neste ano o registro de cem mil processos por ano. Eu não diria a julgar, mas a decidir, a resolver o caso com as ameaças de lesão de um esforço repetitivo.

A falência do modelo, eu dizia as vésperas, quando Presidente do Supremo tentava investir para a urgência de uma reforma judiciária sem preconceitos, não é mais um anúncio, é uma verdade inequívoca e, o pior, sem perspectiva visível de superação. Sirva essa confissão de angústias, como uma desculpa antecipada pelo desatavio, sem nenhuma falsa modéstia para receber elogios, das notas que vim tomando até no táxi, pela absoluta falta de vagar para ordenar reflexões, que é claro fazem parte do meu dia a dia, mas que gostaria de ter trazido como uma contribuição à altura dos outros trabalhos que aqui estiveram.

A supremacia da Constituição é um dogma do constitucionalismo moderno e eu não me animaria, na nossa palestra, a uma discussão teórica dos seus fundamentos de filosofia política. Nascida de evidentes raízes jusnaturalistas, das grandes revoluções do séc. XVIII, atravessa o domínio do positivismo e da sacralidade da lei, para ser ainda hoje, a supremacia da constituição, o ponto de partida de todo este dramático ensaio de sobrevivência do Estado de Direito Democrático, a profunda crise que atravessamos, neste século que se foi, com perspectivas de agravamento no século que se inicia, a profunda crise da lei, da confiança e do prestígio da lei.

Aos nossos propósitos, basta assinalar numa perspectiva puramente técnico jurídica — na qual se trai, evidentemente, a contribuição inestimável de Hans Kelsen — basta para afirmar a supremacia da Constituição, como o ponto mais alto no conjunto normativo, na hierarquia do ordenamento jurídico positivo, ser a Constituição a fonte direta ou indireta da produção de todas as outras normas que compõem esse ordenamento e, em particular, ser a fonte direta do processo de elaboração da lei e do processo de elaboração das normas que alteram a própria Constituição. Essa supremacia da Constituição é hoje quase universalmente associada à conhecida técnica da rigidez constitucional. Sabem todos os senhores, das primeiras lições de direito constitucional, de teoria do Estado, a grande divisão das constituições, em constituições flexíveis e rígidas, conforme a sua mudança, conforme as normas que alterem, que reformem, tenham ou não um processo de elaboração mais complexo do que aquele da legislação ordinária. Se a alteração se faz pelo processo da legislação ordinária, tem-se uma constituição dita flexível. Se, ao contrário, como sucede hoje na quase unanimidade das constituições do mundo, a reforma da constituição reclama formalidades maiores, quorum de aprovação maior, distância temporal entre as votações, votações sucessivas ou não, ratificação ou não por órgãos especializados, nos estados concretos tem-se, em maior ou menor extensão, uma constituição rígida. Mas essa classificação não é essencial à concepção da constituição como norma suprema. Ela é suprema, e limita os poderes instituídos, a começar pelo legislador na própria constituição flexível, na medida em que, mesmo nas constituições flexíveis, a validade da lei e a validade da emenda constitucional

estão subordinadas à observância do processo legislativo estabelecido na constituição. Daí a conhecida concepção de Kelsen de que a constituição no sentido material, a constituição essencialmente constitucional, se reduz ao final de contas a um processo de criação das normas gerais imediatamente subordinadas a ela. É claro que hoje essa classificação de constituições rígidas e constituições flexíveis tem um sabor quase teórico, reduzido às peculiaridades do singular sistema político inglês e, entre as constituições escritas, da constituição de Weimar. Por outro lado, nenhuma constituição moderna se reduz, jamais se reduziu à concepção Kelseniana, à previsão do processo legislativo. Ao tempo da formação do constitucionalismo moderno, ao contrário, era presente a discussão do que seria a matéria essencialmente constitucional, mas a partir de uma perspectiva evidentemente ideológica. Tratava-se de assegurar o Estado Liberal, o Estado da economia Liberal, da ascensão da burguesia e, conseqüentemente, um Estado que se diz limitado por duas barreiras fundamentais: de um lado, a técnica da divisão dos poderes do Estado, separação e independência dos poderes do Estado e sua convivência com freios e contrapeso; de outro lado, os direitos e garantias individuais. Ambos constituindo limitações materiais ao conteúdo das leis a serem legisladas pelo legislador. Essa concepção liberal burguesa da matéria constitucional se repetiria explicitamente na primeira constituição brasileira, exatamente no ponto das nossas reflexões de hoje. A constituição imperial, de 1824, tinha um dispositivo, segundo o qual, dizia a constituição: é só constitucional, o que diz respeito à organização dos poderes e aos direitos e garantias individuais. Tudo o mais que na constituição se contém pode ser alterado pela forma da legislação ordinária. Esse dispositivo, esta separação da matéria na constituição do império, daquilo que era constitucional na sua substância, organização do poderes e direitos e garantias individuais, de um lado, e tudo mais, por outro, respondiam, com relação àquilo que se declarava ser constitucional dentro da célebre definição da revolução francesa: não tem Constituição o país que não assegure a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. Para emenda desses capítulos da constituição se previa um processo extremamente rígido: a proposta de reforma constitucional deveria ser aprovada numa legislatura e completada na legislatura seguinte; mas, na eleição dos deputados da Assembléia do Império para a legislatura seguinte, se havia de consignar um mandato expresso do leitor para que se concedesse aquela reforma constitucional. Mas como tinha nítida inspiração francesa, a constituição do império, embora extremamente rígida neste núcleo ideológico das constituições liberais, não admitiu, como o direito francês até hoje a rigor não admite, de entregar ao poder judiciário o controle da constitucionalidade da lei e, muito menos, o controle da constitucionalidade das emendas à constituição. Então, a pesar de toda elaboração da forma da constituição do império, de separar o que era matéria essencialmente constitucional e então exigir um processo extremamente rígido, complexo de alteração, na verdade, as poucas, é verdade, pois não estávamos ainda no nosso tempo, as poucas emendas à constituição do império atingiram todas o núcleo político essencial da constituição e foram feitas por leis ordinárias à falta de controle. Assim, ocorreu com o Ato Adicional, que descentralizou profundamente a arquitetura inicial da constituição do império. Assim, foi com a chamada lei de interpretação do Ato Adicional que, ao contrário, retrocedeu ao

unitarismo total. Assim, aconteceu com o voto secreto, com a lei Saraiva. Assim, aconteceu com a própria criação da figura do presidente do conselho de ministro, que era fazer aquele arremeto de parlamentarismo.

Foi com a república e a federação, sabemos todos, que a rigidez constitucional, aí ilimitada à exigência de 2/3 dos votos da câmara e do senado e aos dois turnos, à federação e à república, aditaria a primeira forma de limitação material ao poder de reforma constitucional, então reduzida a preservação da república, quando ainda se temia a reação monárquica e a igualdade dos Estados no senado, qualquer da única limitação material da constituição americana, além de uma temporária, que foi a instituição da escravidão, tornada insusceptível de emenda constitucional, nas primeiras décadas da federação americana.

Mas, dizia eu, com a república e a federação, importamos do sistema americano o sistema difuso de controle da constitucionalidade das leis. A constituição de 1891 teve uma única, embora profunda reforma, já na sua agonia: no governo Bernardes, sob o Estado de Sítio que durou todo o quatriênio, se fez a grande reforma de 1926, de contenção, de reação a todas as construções liberais conseguidas na prática da república velha. A partir da superação ou da abolição da grande construção liberal da jurisprudência brasileira da época, que foi a chamada doutrina brasileira do habeas corpus, que aos poucos foi construindo, pela ampliação do habeas corpus, o que viria a ser no futuro, depois de abolido inteiramente por 26, o mandado de segurança. Esta reforma de 1926, foi levada ao STF, mas reduzidos os limites materiais à reforma, pela constituição de 1891, as duas cláusulas que me referi, a república e a igualdade de representação dos Estados no Senado, o que se pode alegar contra um tópico levado conforme o sistema difuso, incidente, concreto de controle da constitucionalidade pelo Supremo, foi a inconstitucionalidade formal. A discussão que já dividia a doutrina constitucional do império, antepondo, por exemplo, João Barbalho e Carlos Maximiliano, sobre se 2/3 dos votos de cada uma das casas, se referia a 2/3 de representantes presentes na seção, ou a 2/3 do número dos senadores. O que vale assinalar, a questão em si mesma não tem grande vultos, o Tribunal entendeu que se tratava de uma questão relativa de quorum qualificado dos presentes, a reforma não tinha obtido 2/3 da câmara. O que chama atenção no tempo é a naturalidade, quando intensa a polêmica, por exemplo, na fonte do constitucionalismo da república velha, copiando os Estados Unidos, sobre a possibilidade da Suprema Corte indagar, ainda que fosse da inconstitucionalidade formal das emendas constitucionais, a naturalidade com que o Supremo supera preliminarmente essa possibilidade e afirma sua competência para verificar a normalidade, a constitucionalidade da reforma constitucional. Mas, desde então passaram quase 60 anos, antes que a matéria voltasse a ser vista perante o Supremo. Nem as emendas desse governo que constituíram uma verdadeira ruptura da constituição de 34 e servira de preparação para o golpe de Estado de 1937, a implantação Estado Novo, que criaram o Tribunal de Segurança Nacional, o Estado de Guerra e outras coisas, foi suscitada em termos de inconstitucionalidade, perante o Tribunal.

Todo o período de vigência normal, digamos assim, da constituição de 46, sofreu poucas emendas, e nenhuma delas teve a sua constitucionalidade questionada. Quer-se já aí por falta de constituições políticas, as numerosas emendas, que se seguiram ao golpe militar de 64, até a substituição da constituição de 46, pela carta de 1967.

É no final dos anos de 1970, já o regime militar sendo forçado à abertura de algumas concessões, que o tema volta aos anais do Supremo Tribunal, no mandado de segurança nº 20.257, de 78 ou 79. Os senadores Itamar Franco e Mendes Canale impetraram mandado de segurança contra a tramitação no Congresso de emenda constitucional que prorrogava, sobre a justificativa de provocar a sempre enunciada reincidência de mandato, prorrogava os mandatos dos prefeitos da época. Como a república tem entre os seus pontos essenciais a renovação de mandados, e a república, como a federação, era uma das únicas limitações materiais, cláusula pétrea, para usar a expressão da moda, da constituição de 46, a constituição já então de 69, alegava o senador Itamar Franco, que a prorrogação de mandato era essencialmente ofensiva à república, tendente a abolir a república, nos termos da constituição e, portanto, inconstitucional. A importância do caso é mais pela ampliação que proporcionou as possibilidades de controle da constitucionalidade da emenda constitucional, no quadro normativo da época. O relator Ministro Dércio Miranda, na linha ortodoxa, simplesmente não conhecia, não admitia o mandado de segurança, entendendo que um senador não tem direito subjetivo próprio, a que seja ou não processada um emenda constitucional, ainda que lhe pareça que seu conteúdo contraria uma cláusula de intangibilidade da constituição. A construção audaciosa surge ai, inesperadamente, do meu querido colega e mestre Ministro Moreira Alves, que dissentindo conhece o mandado de segurança, chamando a atenção para que, como dizia a constituição, diz até hoje o texto, acho que vem desde 1891, que no caso não se limitou a constituição a proibir que a emenda constitucional tentasse a abolir a federação ou a república, foi mais longe, proibiu que fosse objeto de deliberação da proposta de emenda constitucional tendente a abolir a federação da república.. Daí argumentou: o congressista tem o direito a não ser chamado a participar de uma deliberação, que ela própria, a constituição proibiu. A decisão ao tempo, tinha dois prismas de grande importância. O primeiro deles, na ampliação da legitimação ativa para provocar o controle da constitucionalidade de emendas constitucionais, na medida em que ao tempo, afora o método de sistema difuso, do sistema incidente, do controle do caso concreto da constitucionalidade de uma lei, por si mesma extremamente frágil para decidir da constitucionalidade de uma emenda constitucional, o que restava como controle abstrato, por isso adequado ao exame de uma questão de constitucionalidade da emenda era a então chamada representação de constitucionalidade, antecessora da ADIN, mas como uma diferença substancial, a legitimação privativa, exclusiva do procurador geral da república. Sob este aspecto, de certo modo superado pela Constituição de 88, esse precedente do caso Itamar Franco tem outra importância relevantíssima, sobre a qual a doutrina tem demorado pouco, é que é, a única via na ordem jurídica brasileira de sistema jurisdicional preventivo do controle de constitucionalidade de normas. É um dogma de nossa jurisprudência constitucional, que não se

admite a interferência do judiciário na tramitação de projeto de lei, por mais patente que se afigure a sua inconstitucionalidade. Ao contrário, por exemplo, resulta na única forma de controle do sistema francês, que se dá antes que o presidente da republica promulgue o projeto de lei para aferir da sua inconstitucionalidade, para qual os pressupostos, tanto do controle incidente difuso, quanto do controle abstrato e concentrado, é que haja uma norma jurídica em vigor. Este caso na legitimação do congressista, para suscitar, para reagir contra a simples admissão de uma proposta de emenda constitucional, ficou assim como um ponto absolutamente isolado no sistema brasileiro de controle preventivo de controle de inconstitucionalidade da mera proposta, para cortá-la, antes que se transforme, antes que seja promulgada como emenda constitucional.

Mas a Constituição de 88 traria, como toda essa matéria de controle de constitucionalidade de norma, mas particularmente no nosso campo específico do controle das emendas constitucionais, duas grandes inovações. A primeira de ordem substancial, com uma ampliação extremamente significativa nas limitações materiais do poder de reforma constitucional. Observei que a primeira constituição da república, se havia cingido a vedar proposta tendente a abolir a república, ou a igualdade dos Estados no senado, e as sucessivas constituições posteriores, desde 1934, uma única exceção a do Estado Novo, de 1937, haviam ampliado minimamente esta cláusula de intangibilidade, proibindo propostas tendentes a abolir a federação ou a república. A constituição de 88 abandona a referência à república, por causa da composição política que resultou o plebiscito para a escolha popular entre a manutenção da república e a monarquia, a que aludiremos posteriormente, mas amplia significativamente o rol dessas limitações materiais ao poder de emenda constitucional, ao dispor no art. 60, § 4º:

> "*Não será objeto de liberação a proposta de emenda tendente a abolir:* ("não será objeto", mantendo-se a interpretação que viabilizou a construção anterior)
>
> *I - a forma federativa de Estado* (a federação das constituições anteriores)
>
> *II - o voto direto, secreto, universal e periódico;* (é a ação dialética evidente a supressão das eleições diretas durante todo o período do regime autoritário, *depois da ditadura)*
>
> *III - a separação dos Poderes;*
>
> *IV - os direitos e garantias individuais.*

Esta é a grande inovação substancial, particularmente, a sua cláusula final, que estende este núcleo, que se pretende intangível na sua essência na constituição, aos direitos e garantias individuais, o que é extremamente significativo numa constituição, que só no rol dos direitos individuais estrito sensu, tem setenta e cinco incisos, que se desdobra a imensa declaração de direitos do artigo quinto. Em segundo lugar a grande abertura processual da jurisdicional constitucional da constituição de 1988.

Em 1965, o constitucionalismo brasileiro iniciou um processo gradativo

de acoplamento dos dois sistemas de controle da constitucionalidade das leis, que o direito comparado conhece e que sabemos quais sejam. O primeiro, que trouxemos com a república, o sistema incidente difuso concreto de controle da constitucionalidade, em síntese muito sintética, consiste em que posto entre uma norma legal, que incide no caso, e uma norma constitucional de que resulte a invalidade da norma inferior, o juiz, para resolver o caso concreto, e somente para isso, deixa de aplicar a norma inferior, para observar, respeitar a norma constitucional, essencialmente suprema, essencialmente superior, a norma que deveria reger o caso. De outro lado deste sistema, que vem dos Estados Unidos, fomos gradativamente nos aproximando, concedendo a outro sistema, nascido na Europa, nos primeiros anos após guerra, especificamente na Áustria, sob a inspiração intelectual de Hans Kelsen, que é o sistema chamado controle concentrado de constitucionalidade das leis, já ai, a questão de inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei, que deveria reger o caso, não se põe da forma que os processualistas chamariam de uma mera questão prejudicial incidente da solução do caso concreto, ela é o objeto principal de um processo, que tem por única finalidade declarar se determinada norma é ou não compatível com a constituição. O Brasil foi aos poucos fazendo concessões a mecanismos deste controle direto, até que 1965, chegou como quem não quer nada o grande salto, a admissão de representação de inconstitucionalidade, mediante a qual qualquer norma federal ou estadual poderia ser objeto de representação por inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal. Já aí se tem o objeto principal, exclusivo do processo, com uma decisão de caráter universal; já não se tratava, como no sistema difuso de afastar a aplicação da norma inconstitucional apenas naquele caso, mas de simplesmente declará-la inconstitucional, expeli-la da ordem jurídica. No entanto, esta inovação extremamente importante da constituição de 65, adotada sem a abolição do velho sistema difuso, passa a admitir o sistema concentrado e direto de controle de constitucionalidade, teria repercussões políticas, quase estéreis, pelo menos no controle das normas federais, obviamente no nosso sistema federativo, extremamente concentrado, obviamente as de grande repercussão política. Este ponto, obviamente responsável pela fragilidade política dos efeitos da representação, além da ambiência política da época, era a concentração da iniciativa da representação de inconstitucionalidade no procurador geral da república, então um cargo institucionalmente componente da estrutura do poder executivo. Na medida, recordem-se, que até a constituição de 1988, o Procurador Geral da República concentrava em si dois poderes, duas funções, a de chefe do Ministério Público Federal, mais ao mesmo tempo a de Chefe da Advocacia da União, o que o fazia, necessariamente, um homem de confiança e solidário ao governo da União. Isto fez com que a representação de inconstitucionalidade, e toda sua vigência de 1965, até 1988, foi como fatalmente teria de ser, tirando dois ou três casos absolutamente singulares, foi um instrumento do governo federal, para controle do que lhe escapasse do controle político, que já então detinha sobre o Congresso. Hoje, são frustradas aquelas atinentes a área do controle da inconstitucionalidade por omissão.

A grande inovação, que aos ingênuos pareceu quantitativa, gerou preocupações, sobre a carga de trabalho que traria o Supremo Tribunal

Federal, carga grande, mas, evidentemente, a falência do Tribunal não está ai, foi a democratização do acesso, da legitimação, para a velha representação, rebatizada como ação direta de inconstitucionalidade, em que se passa a admitir a iniciativa, não apenas do Procurador Geral, já então liberta, ao menos institucionalmente do liame de solidariedade necessária, do Poder Executivo, se abre à propositura da ação direta, não apenas, para o governo federal, para os governos dos Estados, para o legislativo da União e para o legislativo dos Estados, mas também para diversas estâncias da sociedade civil, particularmente as entidades nacionais de classes, e a Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos, numa amplitude que não tem paralelo no direito comparado, que é admitir que a ação seja proposta por qualquer partido político, que tenha representação no Congresso Nacional. Não quero fazer nenhuma suspeição, mas lembro que após decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou determinada entidade de classe, contra o meu voto, sem qualificação para propor ação direta, um deputado mudou de partido no Congresso Nacional e, na semana seguinte, todas as ações dessa entidade se transformaram em ações diretas desse partido. Mas isto, mesmo com seus exageros é altamente positivo, exatamente pela democratização que deu, sem paralelo no mundo, a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade. Por isso, embora o precedente do caso Itamar Franco, sobretudo pela sua segunda conseqüência, já não mais pela sua legitimidade, porque essa já se escancarara com a constituição, mas, sobretudo, pela segunda característica singular dela, que é o de ser controle preventivo, ainda tem desempenhado o papel relevante no Tribunal. Verdade que a primeira vez se voltou ao precedente, que é significativo, porque o precedente teve a oposição radical, de uma das grandes inteligências do Tribunal, o Ministro Paulo Brossard, mas foi reafirmada e digo a verdade, reafirmada ao que me parece, exatamente pela relevância política que ela tem, como forma preventiva e, portanto, menos traumática de controle de constitucionalidade de uma norma da importância política de uma emenda constitucional, então se manteve, embora confesse, se se for mesmo um prisma ortodoxo, a existência do tal direito subjetivo individual de cada parlamentar de não ser chamado a participar de uma deliberação proibida, é abalada pela replica veementíssima do Ministro Brossard, que até pelo seu parlamentarismo ortodoxo, é por natureza infenso a qualquer interferência judiciária dos trabalhos parlamentares. A primeira não teve maiores conseqüências, há não ser esta puramente doutrinária, que foi reacender o debate e propiciar ao Tribunal reafirmar a doutrina do precedente do velho caso. Mas deu margem, por exemplo, no Mandado de Segurança nº 22503, interposto por deputados da oposição, contra a aprovação pela Câmara dos Deputados, de uma das chamadas emendas aglutinativas da reforma da Previdência Social. Ganhou grande relevo na época, foi relator do caso, o Ministro Marcos Aurélio, deferiu a liminar, e com isso suspendeu o trabalho da reforma constitucional, mas o importante, o que sobrou da discussão, foi uma longa divergência sobre a amplitude da cognição destes mandados de segurança neste controle preventivo das emendas constitucionais, nas quais o Tribunal, também menos por razões dogmáticas, creio eu, que por estas regras não escritas da convivência entre os poderes, afasta definitivamente a analise de qualquer questão regimental, ainda que decisiva, mas não assumo compromisso com

essa afirmação peremptória. A mim me parece que o problema é outro, é indagar cada a caso se há ou não a controvérsia em torno de direito subjetivo; se existir ela pode surgir da interpretação de uma norma regimental. A própria jurisprudência do Supremo testemunha, quando em caso de evidente questionamento de direitos subjetivos, jamais cogitou de considerar interna corporis e insusceptível de controle judicial, numerosas decisões, numerosas questões de substância regimental, passadas pelo Congresso, basta ver os casos de cassação de mandatos parlamentares, que diversas vezes temos conhecidos, pelo menos dois caso, para anular o primeiro decreto de cassação do Congresso, pelas garantias do devido processo legal, só. Mantivemos absolutamente alheios a qualquer idéia de reexame de mérito, e esta sim é uma decisão absolutamente política do Congresso Nacional. Mas, ainda na reforma da Previdência Social, em outro Mandado de Segurança, que fui relator, de nº 23057, proposto também por deputados quanto ao mérito de diversos dispositivos da constituição. Iniciou-se uma discussão, de particular agrado do Prof. Paulo Modesto, sobre a cláusula pétrea dos direitos adquiridos. Naquele caso, tratava-se de uma apreciação liminar muito urgente, recebi o caso no final de um dia, que só seria útil à decisão da liminar se fosse proferida no dia seguinte, pelo relevo era liminar a ser submetida ao plenário, de tal forma que a discussão, foi inevitavelmente superficial. Mas, ao meu ver, não se punha ainda inevitavelmente problema, porque a reforma constitucional tinha ressalvado quanto se pudesse entender de ser direito adquirido, todas as aposentadorias e pensões, etc., continuaram regidas para os que tivessem reunido os pressupostos da legislação da época, então, o que se apresentava como discussão sobre direito adquirido, era na verdade o direito adquirido de servidores, ou segurados, a qualquer tempo, a imutabilidade do regime objetivo legal sobre o qual havia ingressado no sistema previdenciário. Não se pôs a grande polêmica que um dia vai pôr-se, no qual o trabalho do Prof. Paulo Modesto é uma das referências. O artigo 60, inciso IV, quando alude a direitos e garantias individuais, quanto à maioria deles, não há problema, são direitos que incidem diretamente, mas um deles, que será arquido a quantas emendas constitucionais se façam nesse país, é dizer, se o que está protegido pela cláusula de intangibilidade do artigo 60 é a garantia de que a lei, leia-se lei infraconstitucional, não poderá prejudicar o direito adquirido, como o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, ou ao contrário, se tornaram intangíveis por emenda constitucional, qualquer direito adquirido, com base em que instrumento normativo for, é a tese mais radical, ou a tese intermediária, não apenas a garantia de que a lei não atingirá os direitos adquiridos, mas também a preservação de direitos adquiridos com base constitucional, eu chamaria a decisão intermediária. Este é evidentemente um tema sério, grave, mas que ainda não se pôs frontalmente no Supremo, enfrentei-lo superficialmente, não apenas porque não tive tempo de tentar aprofundar, mas também porque não era o caso de aprofundar, com ralação a reforma da previdência, exatamente porque a reforma da previdência ressalvara tudo aquilo que razoavelmente se poderia entender constituir direitos adquiridos dos segurados.

No campo das ações diretas, nós sabemos, como diz a constituição, era inevitável que praticamente a cada emendas constitucional, se possa dizer hoje, siga-se uma ação direta, com a qual as forças políticas vencidas no

processo de elaboração da emenda constitucional, suscitem perante o Supremo tribunal, dada a amplitude das cláusulas pétreas do art. 60, a existência ou não de violação dos limites matérias, ou mesmo dos limites formais ao poder de reforma constitucional. A primeira surge na ADIN nº 830, a respeito da antecipação do plebiscito, não sei se recordam, a constituição de 88, previu que se realizaria em 7 de setembro de 1993 um plebiscito popular entre a república e a monarquia e entre o presidencialismo e o parlamentarismo. A emenda Constitucional nº 2, dentre outras medidas menores, antecipou este plebiscito, por alguns meses, para 21 de abril e se sustentou à inalterabilidade das disposições constitucionais transitórias, fossem elas quais fossem, o que não me pareceu de nenhuma relevância, mas a inalterabilidade especificamente do plebiscito, da sua data, do seu objeto, porque constituíam eles limites implícitos ao poder normal de reforma constitucional. O tema de reforma constitucional, que se entregaram a um plebiscito, o Tribunal se dividiu em torno da data, se era a data um ponto substancial desta limitação. Mas, o importante em torno da discussão jurisprudência, da doutrina do Tribunal sobre a matéria, foi a admissão, ai salva engano sem discrepâncias, de que há limitações formais e materiais implícitas na constituição. É outra grande discussão, o tema de controle de constitucionalidade das reformas constitucionais, sempre me pareceu, que pelo menos uma limitação formal implícita é essencial, é o do próprio processo de reforma constitucional, pelo mesmo no que ele signifique rigidez. A base para que se possa examinar emendas constitucionais, à luz de uma constituição, se, uma vez validadas elas passam a equiparar-se à constituição, é que elas emanam de um poder que sofre contradições, a partir de seu próprio nome, é um poder constituinte, constituído, daí os sinônimos que se tentam para fugir da contradição, constituinte, derivado. Na verdade, o que se tem é uma função constituinte entregue a um poder constituído, portanto limitável, ora se podem alterar essas limitações, perdem elas o sentido de restrição absoluta ao poder. Esta questão custou rios de tintas aos nossos irmãos portugueses, entre a tese, que me parece invencível, que é a do Prof. Canotilho, o processo de emenda constitucional é a primeira das limitações implícita ao poder de reforma, e a tese contrária da dupla revisão, sustentada pelo querido Prof. Jorge Miranda, que sustenta que a norma do processo é uma norma constitucional como outra e não inserida nas limitações. Fica ai, soube agora, que foi um dos homenageados neste Congresso, um professor com quem tive um único contato, que tive uma grande admiração, por um pequeno opúsculo dele sobre a matéria, O Poder de Reforma Constitucional, que é uma obra prima da literatura constitucional brasileira, que é o professor Nelson de Souza Sampaio.

Apenas para uma referência histórica, puramente informativa, de alguns casos notórios, as mais faladas decisões do Tribunal sobre reforma constitucional foram propiciadas pelo IPMF e sua sucessora, a CPMF. As primeiras investidas contra o IPMF, autorizado pela emenda constitucional nº 3, foi objeto das primeiras declarações de inconstitucionalidade de emenda constitucional da história do constitucionalismo brasileiro, devo confessar a minha ignorância, sobretudo para os nossos juristas, que adoram falar na timidez e na tendência comodatícia do Supremo Tribunal, as únicas que

conheço no mundo inteiro. A CPMF deu três impugnações significativas, todas acolhidas pelo Supremo, uma delas contra o meu voto. A primeira delas foi uma ADIN nº926, proposta por governadores de diversos Estados, contra a Emenda Constitucional nº 3, que excluía o IPMF, do campo da imunidade tributária recíproca, vale dizer, da vedação entre União, Estados e Municípios, reciprocamente se cobrem impostos. O Tribunal em decisão unânime deu a liminar, quanto à decisão de mérito, considerou então, a linha do constitucionalismo americano, que esta cláusula de imunidade recíproca das entidades estatais, é da essência do sistema federal de organização do Estado, de tal moda que aquela suspensão, para um imposto específico, já por si atingia de tal modo a federação, seria tolerável. Isto se estendeu numa decisão, que é importante, às demais imunidades tributárias, os templos, os partidos políticos, a imprensa, numa interpretação evidentemente ampliativa das cláusulas pétreas, ninguém tem dúvidas que essas imunidades não são garantias individuais. Elas são, no entanto, o que me pareceu neste caso, fui o proponente da ampliação, compreendido no pedido, mais fora praticamente da discussão, elas são instrumentos de salvaguarda de direitos e liberdades constitucionais relevantes, a liberdade religiosa, a liberdade manifestação do pensamento, da imunidade de imprensa e de livros. De modo que instrumentos de coibir qualquer ensaio que eu chamei então de censura tributária a essas liberdades, me pareceu correto estender a cláusula dos direitos e garantias individuais. O que dividiu o Tribunal, foi o princípio da anterioridade, princípio muito caro aos tributaristas, mas que foi perdendo de importância, então também este princípio da anterioridade se excluía do imposto provisório sobre movimentação financeira, para que pudesse ser cobrado no mesmo ano da sua instituição. Este foi o objeto da ADIN nº 939, o Tribunal acabou julgando procedente e considerando este princípio de anterioridade, um direito fundamental componente da cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais, do inciso IV, do artigo 60. Entendi ai exagerada a hierarquia dada a um princípio que, dos sete impostos federais, só cobre três, pois quatro a própria constituição já os excluíra e, por outro lado, fora perdendo seu significado histórico, que era o velho princípio da anualidade da autorização orçamentária, se reclamava que a cada ano, para que um imposto fosse cobrado, fosse ele objeto de uma autorização específica do parlamento, grande instrumento político de freios e contrapesos, a partir do sistema feudal das relações, entre os reis e os senhores feudais, que haviam de reunir–se periodicamente, para autorizar a cada ano a cobrança de um determinado imposto. Não vou me meter em outras águas profundas, mas apenas recordar como esse princípio foi sendo diluído na evolução do constitucionalismo tributário brasileiro, a ponto de hoje ser absolutamente normal que os funcionários da imprensa nacional percam a ante véspera do reveillon, para publicar no dia 31 de dezembro, inovações de tributos a serem cobrados a partir de 1º de janeiro, transformar esta garantia, num dos pilares do sistema de garantias da constituição, me pareceu exagerado.

A CPMF parece umbilicalmente ligada ao tema do controle, já fora responsável pelas três primeiras declarações e vai ser, na sua revivecência, depois do que o Ministro Marcos Aurélio, chamou de sua alteração sexual, de IPMF, para CPMF, da quarta declaração de inconstitucionalidade de emenda

constitucional, proferida pelo Tribunal. É aí um tema puramente de processo de elaboração da reforma constitucional, saber se o sistema bicameral brasileiro na elaboração da lei ordinária, dá prevalência à câmara de origem, de tal modo, que qualquer inovação estabelecida pelo senado, aos projetos de iniciativa da câmara, ou vice versa dos projetos da câmara, de iniciativa do senado, tem que voltar a câmara de origem, então dará a palavra definitiva. No sistema de elaboração das emendas constitucionais o bicameralismo é clássico, nenhuma norma pode ser promulgada se não obtiver o voto favorável em dois turnos de ambas as câmaras, pela maioria qualificada, de 3/5. De tal modo, sempre se excetuou desta norma, a emenda supressiva, que é a emenda supressiva, por definição, é a recusa de aprovação pela segunda câmara, se promulgava aquilo que havia sobrado. Tratava-se, no entanto, na mecânica desse último ressurgimento da CPMF de uma cláusula singular, em que a proposta do senado, autorizava a emissão de títulos públicos, para cobrir a arrecadação, em face do atraso do andamento da emenda, não haveria em determinado ano, mas desde que no último semestre a renda desses títulos públicos ficassem afetada ao pagamento da dívida pública. Essa proposta, que saiu do senado, e a câmara, com uma emenda supressiva, eliminou a condição. Entendeu o Tribunal que ai não vigorava a regra de que a emenda supressiva seria possível, porque ela alterara uma condição da norma emitida pelo senado.

A velha observação do Padre Vieira é sempre útil, para estas palestras de afogadilho, entre um agravo, um habeas corpus e uma viagem de avião. Esta de hoje, o motorista é a melhor testemunha, veio sendo costurada no automóvel, mas Vieira, é sempre útil neste momento, para pedi-lhes desculpa se não tive tempo de ser breve e apenas uma reflexão final: estes doze anos de reformas constitucionais intensivas, que politicamente, é verdade mudaram a cara da Constituição Social Democrática de 88, para uma constituição, senão neoliberal, para que o presidente da república não fique ofendido, mas para-neoliberal, gerou expectativas exageradas neste controle da constitucionalidade das emendas constitucionais. Alimentada por exasperação da suposta extensão e profundidade das limitações matérias ao poder de reforma, que se tem transformado, a cada decisão, a cerca de duas dezenas que devemos ter a respeito, em críticas ao Supremo Tribunal, por timidez, acomodação, ou nomes piores, por não ter declarado inconstitucional esta ou aquela emenda. Já lhes adiantei, que a crítica, pelo menos estatisticamente injusta e trai muito do nosso velho complexo de inferioridade. A Suprema Corte Americana, examinou duas vezes questionamento da validade de uma emenda constitucional e as rejeitou em ambos; o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha examinou três casos de grande relevo. Primeiro instituiu a possibilidade de interceptação de comunicação de qualquer espécie por decisão administrativa na salvaguarda do regime democrático. Segunda, o problema da reunificação da Alemanha, em que se deve de deixar sem indenização a reforma agrária, feita nos primeiros anos da velha república democrática alemã. A terceira, da emenda viabilizadora da adesão da Alemanha a União Européia, que passou por uma emenda constitucional a autorizar a cessão à União Européia de parcelas da soberania do Estado. As três deram margem a decisões notáveis de profundidades, como sói acontecer

entre os germânicos, mas nenhuma delas foi afastada.

Mais o que mais importa não é isso. Há um trabalho primoroso sobre o nosso tema de hoje, de um jovem professor de São Paulo, Oscar Vieira, em que ele mostra como ante os textos das limitações materiais da Alemanha e do Brasil, a constituição brasileira teria um texto mais restritivo do que o Supremo Tribunal tenha entendido ampliar. A constituição alemã tem um texto aparentemente mais ampliativo das limitações matérias, que a corte constitucional alemã tem entendido restringir. Basta notar, com efeito, que enquanto, o nosso texto, as cláusulas pétreas, só proíbem emendas tendentes a abolir os institutos que enumera, separação dos poderes, federação, direitos e garantias individuais. A constituição alemã proíbe em relação aos princípios fundamentais, do artigo 1º e artigo 20º, proibi emendas que afetem determinadas normas, determinados princípios, no entanto, no seu caso mais célere, que é o de interceptação de comunicação, a corte alemão, chega a dizer, que aquela interceptação por decisão administrativa, de comunicações pessoais, não chegava a abolir o regime democrático, nem a ameaçava, numa redação que é literalmente a do texto brasileiro, quando evidentemente, por outro lado, as decisões do Supremo Tribunal tem sido no sentido de levar ao campo possível esta tendência à abolição.

A esta altura, temendo cansá-los com outras reflexões e outras reportagens do tema, que mais do que isso não lhes pretendi trazer, desta vivência do Supremo Tribunal praticamente coincidente com a Constituição de 1988, só lhes posso agradecer a atenção com que me ouviram, privando-se desta sexta-feira baiana que é, como sempre, invejável. Agradeço esta nova oportunidade de rever a Bahia, de estar com amigos e de ter podido trazer-lhes estas desataviadas reflexões. Muito obrigado.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PERTENCE, Sepúlveda. O Controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

4) A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não disponível.