

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

Flávia Rosa dos Santos

INTRODUÇÃO

Uma Constituição Federal sempre é editada com a intenção de durar no tempo, contudo, a dinâmica político-social pode reclamar ajustes na vontade do poder constituinte originário. Para permitir que o texto constitucional seja alterado e se acomode à realidade social, o próprio poder constituinte originário cria o poder de reforma e estabelece o procedimento a ser seguido e as limitações a serem observadas. Por ser um poder instituído, condicionado e não inicial, o poder de emenda à Constituição está sujeito a limitações formais e materiais, estabelecidas no artigo 60 da Lei Maior.

A Constituição de 1988 ampliou significativamente o rol de limites materiais ao poder de emenda, as chamadas cláusulas pétreas, que não se restringem aos limites expressos no § 4º do art. 60 da Constituição. Como se sabe, no corpo do texto constitucional, existem cláusulas pétreas implícitas, as quais também integram o amplo rol de limitações materiais ao poder de reforma.

Essas limitações não produziram efeitos se não fosse admitido o controle jurisdicional da observância das exigências instituídas pelo poder constituinte originário. Assim, toda emenda constitucional editada com desrespeito ao procedimento estabelecido ou às limitações impostas, padecerá de vício de inconstitucionalidade e ficará sujeita a controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Com pouco mais de vinte anos desde sua promulgação, a Constituição de 1988 já conta com 64 emendas constitucionais, o que evidencia a existência de uma ânsia reformadora que tem guiado os sucessivos governos. Em consequência disso, os casos de emendas constitucionais declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal têm aumentado significativamente. Inevitável supor a tendência de que, a cada emenda constitucional, siga-se uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pelas forças políticas vencidas no processo de elaboração da emenda.

A par dessa realidade, surge a importância do estudo do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Embora não haja divergências quanto à possibilidade de apreciação da constitucionalidade de dispositivo do poder reformador, o tema não é simplesmente teórico, é uma realidade atual amplamente exemplificada por vários julgados de ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal.

* Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de pós-graduação *lato sensu* Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco.

O que se pretende é, em um primeiro momento, estudar os limites constitucionais ao poder de reforma e, a partir desse estudo, analisar o controle de constitucionalidade repressivo e a possibilidade de controle preventivo de emendas constitucionais e o papel da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema.

O primeiro capítulo trata do poder constituinte, fazendo, inicialmente, uma breve abordagem da evolução dos fatos históricos que influenciaram o constitucionalismo moderno. Em seguida, faz-se um estudo acerca dos poderes constituintes originário e de reforma, traçando seus conceitos, suas principais características e suas distinções, dando-se maior ênfase ao poder de reforma constitucional, responsável pela alteração e pela revitalização do Texto Fundamental. É feito, ainda, um exame das espécies de reforma constitucional, bem como dos limites formais e materiais expressos e implícitos a que o poder reformador está submetido.

O segundo capítulo aborda os aspectos gerais do controle de constitucionalidade, explicitando desde o seu surgimento no caso *Marbury versus Madison*, julgado pela Suprema Corte americana em 1803, até os sistemas existentes nos dias atuais, que tanto influenciaram a evolução do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras. Faz-se, também, uma análise das modalidades de controle existentes no ordenamento jurídico atual e suas principais características.

Por fim, no terceiro capítulo, é feita uma abordagem específica acerca do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais exercido pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente na vigência da Constituição de 1988. Analisam-se tanto a possibilidade de controle de normas constitucionais originárias, quanto as formas de exercício do controle de constitucionalidade de normas constitucionais derivadas, utilizando-se, para isso, decisões proferidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

1 PODER CONSTITUINTE

O objetivo deste capítulo é tratar do poder constituinte, com ênfase no poder constituinte de reforma, estabelecendo uma diferenciação com o poder constituinte originário e abordando seu conceito, suas espécies e as limitações expressas e implícitas a que está submetido. Antes, porém, para melhor compreender o constitucionalismo moderno, é necessário entender a evolução dos fatos históricos que influenciaram o sistema jurídico em que o Brasil se insere.

Desde a Antiguidade, em todas as sociedades políticas, sempre existiu a ideia de um poder constituinte, pois nunca deixou de haver uma sociedade que estabelecesse os fundamentos de sua própria organização. Porém, uma teorização desse poder surgiu apenas no século XVIII com a reflexão iluminista, a filosofia do contrato social e o racionalismo francês.¹

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 141-142.

A primeira referência do poder constituinte em seu sentido contemporâneo talvez decorra das concepções de Aristóteles, em sua obra *Política*, na qual já distinguia as leis constitucionais, destinadas à organização do governo, das não constitucionais ou meramente ordinárias. As leis constitucionais constituíram a expressão unificada da vontade nacional e com elas se criou a nação como unidade política e jurídica e se deu forma à sociedade e ao governo.²

Um importante nome para o desenvolvimento das ideias políticas e jurídicas, que inspiraram o constitucionalismo moderno, foi Jean Bodin, que, em 1576, em sua obra *Seis livros da República*, teorizou sobre o poder do soberano, caracterizando-o como perpétuo, porque não poderia ser revogado, uma vez que não derivava de nenhum outro poder; e absoluto, pois não estava submetido a controle por outros poderes. Apesar de absoluto, o poder não era tido como ilimitado, existindo ao menos duas limitações. A primeira impedia que o soberano alterasse as leis de sucessão e de alienação dos bens da fazenda pública, e a segunda impossibilitava o monarca de dispor dos bens que pertenciam aos súditos, para não ser confundido com um tirano. Assim, cabia ao rei dispor sobre os assuntos da soberania, legislar, nomear magistrados, tributar, declarar a guerra e firmar a paz, mas tinha seu poder limitado pelas leis fundamentais, normas não disponíveis para a sua deliberação.³

Em 1651, em meio à guerra civil inglesa, Thomas Hobbes escreveu o *Leviatã*, deplorando a luta de facções na disputa pelo poder. Para ele, o rei dispunha dos mesmos poderes indicados por Jean Bodin, porém, era necessário haver uma lei fundamental com as especificações dos poderes irrevogáveis do soberano de forma a individualizá-lo, para preveni-lo da dissolução do Estado. Para Thomas Hobbes, ao contrário do que pensava Jean Bodin, o poder tinha como origem a superação do estado de natureza dos indivíduos, os quais instituiriam um poder soberano comum a todos, para salvar suas vidas e preservar seus bens.⁴ Thomas Hobbes deu início à teoria contratualista, na qual a sociedade era entendida com base em um contrato livremente consentido entre os homens, em que o poder nascia da união de pessoas que concordavam em ser governadas. Logo, os indivíduos deixariam de viver em um estado de natureza, em que todos tinham direitos, mas apenas o mais forte conseguia exercê-los, e passariam a entregar seus direitos de natureza a um super poder, que era o Estado.

Com a Revolução Gloriosa na Inglaterra, o monarca teve seus poderes limitados, sendo impedido de legislar autonomamente e de exercer outros poderes sem a autorização do Parlamento. Em 1690, na obra *Segundo tratado do governo civil*, John Locke analisou essa forma moderada de governo concluindo que, para preservar sua propriedade e superar

² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27-28.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 171-172.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 172.

o estado de natureza, os indivíduos se uniam para estabelecer uma sociedade política formada por um corpo político único, dotado de legislador razoável, juiz imparcial e poder executivo garantidor das decisões tomadas.⁵

O contrato social de John Locke, diferentemente do de Thomas Hobbes, é um acordo firmado livremente entre os homens, os quais concordam em formar uma sociedade civil para preservar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. Em Thomas Hobbes, o contrato é um pacto de submissão em que os homens, visando à preservação de suas vidas, transferem a um terceiro a força coercitiva da sociedade, trocando sua liberdade pela segurança do Estado.⁶

John Locke foi o primeiro a formular de modo claro a distinção entre poder absoluto e poder moderado. Para ele, no poder absoluto um único sujeito detinha os Poderes Legislativo e Executivo, já no poder moderado, os dois poderes pertenciam a sujeitos distintos.⁷ Também foi o pioneiro na fórmula de divisão dos poderes, falava em um Poder Legislativo, um Poder Executivo, ao qual caberia a execução das leis da sociedade e o poder de julgar, e um Poder Federativo, ao qual caberia a gestão da segurança. John Locke não preconizava uma igualdade hierárquica entre os poderes, mas reconhecia a supremacia do povo, cabendo ao Legislativo o poder máximo.⁸

Em 1748, com a obra *O espírito das leis*, o regime moderado ganhou a predileção de Montesquieu, uma vez que somente sob esse regime seria possível haver liberdade política. Para ele, essa liberdade precisaria ser assegurada por uma Constituição que se protegesse contra o abuso do poder, já que “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”.⁹ Logo, seria necessário repartir os Poderes entre pessoas distintas para impedir a concentração e para que um fosse o freio do outro. Montesquieu identificou os Poderes como Legislativo, Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, ou simplesmente Poder Executivo do Estado, e Executivo das coisas que dependem do direito civil, ou poder de julgar.¹⁰

Em 1762, Jean Jacques Rousseau publica o *Contrato social*, no qual defende o poder soberano do povo, sustentando que, “pelo pacto social, os indivíduos se transformam em corpo político, renunciando à liberdade natural, mas forjando a liberdade

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 173-174.

⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 36-37.

⁷ FIOVARANTI, Maurizio, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 174.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 174-175.

⁹ MONTESQUIEU, Barão de, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 175.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 175.

civil”, ou seja, estariam governados por uma lei genérica, que representaria a vontade geral do povo. Para ele, a Constituição apenas cuidava dos poderes instituídos pelos indivíduos aos governantes, sem funcionar como restrição absoluta à expressão da vontade do povo soberano.¹¹ Essa soberania do povo é uma antecipação do poder constituinte e dela emana a norma fundamental, que expressa a vontade geral como vontade política do corpo social.¹²

Nesse quadro teórico, em que o povo tinha de ser o soberano de forma que nem a própria Constituição representasse um entrave ao exercício dessa força soberana, ganha espaço a visão radical da soberania popular¹³ e eclode a terceira das grandes revoluções que deram nascimento ao Estado constitucional moderno, a saber: Revolução Inglesa, de 1688, Revolução Americana, de 1776 e Revolução Francesa, de 1789. Apesar da importância histórica das duas primeiras, foi a Revolução Francesa que mais se destacou na formação do pensamento constitucionalista moderno e influenciou a doutrina contemporânea do poder constituinte.¹⁴

A Revolução Francesa foi uma revolução social de massa, liderada não por um partido ou movimento organizado, mas pelo surpreendente consenso de ideias do terceiro Estado, representado pela burguesia. Um dos inspiradores da revolução foi o abade Emmanuel Joseph Sieyès, com seu opúsculo *Que é o terceiro Estado?*. O livro se desenvolve em meio a três perguntas – “O que tem sido o terceiro Estado?”, “O que é o terceiro Estado?” e “O que pede o terceiro Estado” – como forma de reivindicação por maior participação da burguesia na vida política do país. O que queriam os revolucionários era que o terceiro Estado tivesse verdadeiros representantes vindos de suas ordens internas e capazes de interpretar suas vontades e de defender seus interesses, em suma, lutavam por uma reorganização política da França.¹⁵ Os revolucionários tomaram o Parlamento para que sua vontade prevalecesse e fosse preservada, daí o enorme prestígio do Parlamento e sua supremacia sobre os demais poderes. Após a Revolução Francesa, as monarquias absolutas transformaram-se em monarquias constitucionais, a lei passou a ser entendida como expressão da vontade geral e era elaborada por meio do corpo legislativo do Estado, que representava a totalidade da cidadania. Assim, a lei passa a ser “comando obrigatório válido por ter sido adotada, de acordo com o procedimento próprio, pelo órgão constitucionalmente competente para representar a vontade dos cidadãos”.¹⁶

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176.

¹² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 39.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176.

¹⁴ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 40-41.

¹⁵ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 42-46.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 177.

Em seu livro, o Abade Sieyés foi o primeiro a chegar a uma distinção entre o poder constituinte e os poderes constituídos, entendendo que todo Estado deve ter uma Constituição elaborada por um Poder, necessária e logicamente anterior a ela, e que tal poder constituinte geraria os poderes constituídos, sendo superior a eles. A ideia da existência de um poder constituinte é o que justifica a superioridade da Constituição, uma vez que, sendo obra dele, não pode ser modificada por quaisquer dos poderes constituídos.¹⁷ Sobre a formulação de Sieyés, ensina José Joaquim Gomes Canotilho:

Eis como ele colocava a questão: a soberania popular consiste essencialmente no poder constituinte do povo. Os poderes criados pela constituição são poderes múltiplos e divididos, mas todos, sem distinção, são uma emanção da vontade geral, todos vêm do povo, isto é, da Nação. E se o povo delega certas partes do seu poder às diversas autoridades constituintes, ele conserva, no entanto, o poder constituinte. Conservando nas suas mãos o poder constituinte, o povo não está vinculado à constituição. A Nação é uma realidade natural que não pode estar submetida a nenhuma constituição.¹⁸ [sublinhas do autor]

O poder constituinte, portanto, é a manifestação soberana da vontade política de um povo, social e juridicamente organizado; é um poder permanente, que não desaparece com a realização de sua obra; pertence à nação, que não fica submetida à Lei Maior por ela estabelecida, tendo competência para elaborar uma nova Constituição sempre que bem lhe parecer; e é um poder originário, podendo instituir outros poderes, os quais ficam subordinados à Constituição.¹⁹

1.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

A Constituição se firma pela vontade das forças determinantes da sociedade, não retirando seu fundamento de validade de nenhum diploma jurídico que lhe seja superior,²⁰ e representa o ponto de partida para o desenvolvimento da ordem jurídico-positiva. Por consequência, a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, sendo a lei suprema do Estado, por conter as normas fundamentais de organização e estruturação deste.²¹ Essa supremacia da Constituição decorre, exatamente, do fato de ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987, p. 96.

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13-14.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 187.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

Foi dos estudos do Abade Siey s que nasceu o conceito de poder constituinte originário, sendo o poder que estabelece a Constitui o de um Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade,²² um poder onipotente, capaz de criar do nada e dispor de tudo conforme sua vontade.²³ A titularidade do poder constituinte originário pertence   na o, entendida como a “encarna o de uma comunidade em sua permanência, nos seus interesses constantes, interesses que eventualmente não se confundem nem se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compoem em determinado instante”. Isso significa que esse supremo poder constituinte não está   disposi o dos interesses dos indivíduos enquanto indivíduos, mas da comunidade em sua permanência no tempo.²⁴

O poder constituinte originário reveste-se de três características particulares e fundamentais:   um poder inicial, ilimitado e incondicionado.

  inicial porque nenhum outro poder existe acima e antes dele, está na origem do ordenamento jurídico. Todavia, essa inicialidade não afasta a ideia de permanência do poder constituinte originário, o qual não desaparece com a realiza o de sua obra. Com a aprova o da Constitui o, a na o conserva seu poder constituinte, que permanece em estado de latência, apto a se manifestar a qualquer momento.²⁵ Dessa forma, “o título que justifica a Constitui o   a vontade da na o, ao passo que   a Constitui o, por assim dizer, o título em que se baseiam todos os poderes constituídos”.²⁶

  ilimitado, ou aut nomo, pois não está de modo algum vinculado   ordem jurídica anterior, não há direito positivo preexistente que possa ser invocado como limite a ser obedecido.²⁷ Esse caráter ilimitado, porém, diz respeito somente   liberdade do poder originário com rela o às imposi o da ordem jurídica que o precede, uma vez que existem limita o políticas inerentes ao exercício do poder constituinte, pois, sendo a expressão da vontade política de uma na o, este “não pode ser entendido sem a referência aos valores  ticos, religiosos, culturais que informam essa mesma na o e que motivam as suas a oes”. Assim, são exerce poder constituinte originário quem, ao romper a ordem constitucional para instaurar outra, obt m a adesão dos cidadãos.²⁸ Para melhor compreender essa ideia, exemplifica Hans Kelsen:

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 187.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23.

²⁵ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 94-95.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16.

²⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 95.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 188-189.

Num Estado até então monárquico, um grupo de pessoas tenta, por meio de uma revolta violenta, substituir um governo legítimo, monárquico, por um governo republicano. Se for bem-sucedido, isto é, se a antiga ordem termina e começa a vigorar a nova, assim que a conduta efetiva das pessoas (para aquelas que desejam a validade dessa ordem) não acata mais a antiga ordem e assim opera com a nova, como se fora um ordenamento jurídico, ou seja, interpretam-se os atos realizados na execução como atos jurídicos e as situações de fato que os infringem, como antijurídicas. Pressupõe-se uma nova norma fundamental, não mais a dos monarcas, mas a que delega autoridade ao governo revolucionário como sendo a autoridade juridicamente estabelecida.

Se a tentativa for malograda, porque a nova ordem por ela estabelecida se mostrou ineficaz por não lhe corresponderem, com sua conduta, os destinatários da norma, o ato executado não será interpretado como uma promulgação de Constituição, mas constituirá crime de alta traição,²⁹ não como um instituto do direito, mas como infração ao direito, isto é, ao fundamento da antiga ordem, cuja validade pressupõe a norma fundamental que delegava ao monarca a autoridade produtora do direito.³⁰

Por fim, o poder constituinte originário é incondicionado, pois não pode sofrer qualquer condicionamento, o que quer dizer que a nação não está sujeita a qualquer forma prefixada, nem tem de seguir nenhum procedimento determinado para manifestar a sua vontade e realizar sua obra.³¹ Todavia, isso não impede que o próprio poder constituinte fixe algumas regras para si mesmo, apenas para ordenar os seus trabalhos, não havendo sanção alguma para o seu descumprimento. Historicamente, registram-se modalidades de processo de elaboração de Constituições que costumam se repetir, permitindo que a doutrina distinga duas formas básicas de expressão do poder constituinte: a primeira é a outorga e a segunda é a Assembleia Constituinte.

A outorga consiste no estabelecimento da Constituição por uma única pessoa, ou por um grupo restrito, sem a intervenção de um órgão de representação popular, sendo óbvio que a origem e o exercício desse ato constituinte unilateral não podem ser considerados propriamente democráticos. O Brasil registra três casos de Constituições outorgadas: a de 1824 e a de 1937, outorgadas por ato do Chefe do Executivo; e a EC 1/69, para os que a veem como uma autêntica nova Constituição, outorgada pela Junta Militar que governava o país à época.³²

²⁹ A propósito, a Constituição Federal de 1988 mostra-se de acordo com a obra de Hans Kelsen ao dispor em seu art. 5º, inciso XLIV: “Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

³⁰ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: José Cretella Junior e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 98-99.

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14-15.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 191-192.

Na Assembleia Constituinte, a Constituição é promulgada por representantes da base social convocados para compor um órgão colegiado de debate e votação. Logo, a Constituição provém da deliberação da representação popular. Em se tratando de Constituição votada, fala-se em procedimento constituinte direto, quando o projeto elaborado pela Assembleia é submetido à aprovação direta pelo povo, por meio de plebiscito ou referendo. Por outro lado, fala-se em procedimento constituinte indireto ou representativo quando a participação do povo esgota-se na eleição dos representantes que compõem a Assembleia. As Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988 foram promulgadas por uma Assembleia de representantes do povo.³³

A Constituição é a regra fundamental, conforme a qual são produzidas todas as normas do ordenamento jurídico, ela é o ponto de partida de um procedimento. Logo, se a Constituição é válida, todas as normas infraconstitucionais produzidas a partir dela também serão válidas.³⁴ Em outras palavras, explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Se a Constituição é a base da ordem jurídica, e, portanto, toda legislação ordinária editada durante a sua vigência deve ter nela o seu fundamento, a cessação da eficácia dessa Constituição, a perda portanto da eficácia dessa Constituição, como perda de base de toda essa ordem jurídica, deveria ter por resultado a perda de validade de toda essa ordem jurídica. A perda de validade da Constituição arrastaria consigo todas as normas editadas de conformidade com essa Constituição. Assim, a ordem jurídica começaria, rigorosamente falando, do zero, cada vez que uma nova Constituição se tornasse eficaz.³⁵ [sublinhas nossas]

Porém, o que ocorre na verdade é que, salvo incompatibilidade entre a legislação ordinária anterior e as normas da nova Constituição, os diplomas infraconstitucionais persistem válidos e eficazes, permanecendo em vigor. Nesse caso, opera-se o fenômeno da recepção, ocorrendo uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição.³⁶ A recepção pode ser expressa, quando a nova Constituição traz explicitamente, em seu texto, norma que autoriza a permanência das leis que não contrariem suas disposições;³⁷ ou implícita, quando a vigência da legislação anterior é aceita no silêncio da Constituição, como acontece no sistema brasileiro atual.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 192.

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: José Cretella Junior e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 96-97.

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 94.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 193.

³⁷ Como se determinou, por exemplo, na Constituição de 1937, que dispunha em seu artigo 183: “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição”.

Em consequência, se a norma anterior à Constituição não guardar compatibilidade de conteúdo com esta, não continuará a vigorar, ocorrendo o fenômeno da revogação, em que a lei anterior deixa de operar com o advento da nova Carta. Não há, portanto, que se falar em inconstitucionalidade superveniente da norma anterior incompatível com a nova Constituição, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.³⁸ Importante ressaltar que somente podem ser recepcionadas as normas infraconstitucionais anteriores e compatíveis com a nova Constituição, não havendo a possibilidade de recepção de normas da antiga Carta que permaneçam compatíveis com a nova ordem constitucional. Assim, a Lei Maior anterior fica globalmente revogada.³⁹

Além da recepção e da revogação, a existência ou não de repristinação no ordenamento jurídico brasileiro é outra questão que envolve o estudo do poder constituinte originário. Repristinação é a restauração da eficácia de uma lei revogada em consequência da posterior revogação da norma revogadora. A ordem constitucional atual não admite a repristinação, em nome do princípio da segurança das relações. Assim, uma lei que perdeu vigência com o advento de uma nova Constituição não restaura sua eficácia quando essa Constituição for revogada por outra nova ordem constitucional, pois só pode ser recebido o que existe validamente no momento em que a Carta é editada. Se a lei revogada já não mais existe, não tem como ser recepcionada. No entanto, nada impede que a nova Constituição expressamente revigore aquela legislação, só sendo possível, portanto, o fenômeno da repristinação quando literalmente expreso.⁴⁰

Não é possível invocar direito adquirido em face de ato do poder constituinte originário. Isso porque a Constituição é o diploma inicial do ordenamento jurídico, e suas regras têm incidência imediata, portanto, somente é direito o que com ela for compatível, o que dela retira o seu fundamento de validade. Logo, se uma norma constitucional proíbe determinado direito, que antes era reconhecido ao cidadão, essa nova norma há de ter plena aplicação, não precisando respeitar situações anteriormente constituídas.⁴¹ A jurisprudência do STF é firme no sentido de não admitir a invocação de direito adquirido contra texto constitucional.

Em um primeiro momento de sua jurisprudência, o Supremo Tribunal entendia que a retroação da norma constitucional exigia determinação expressa do constituinte nesse sentido, assim, o propósito da retroação deveria estar nítido na norma constitucional

³⁸ Na ADI 02/DF, o Ministro Paulo Brossard alegou que, se a inconstitucionalidade da lei importa a sua invalidade desde sempre, a lei anterior à nova Constituição, editada em conformidade com a Carta anterior, não pode ser considerada nula desde sempre tão somente porque a nova Constituição é com ela incompatível. A lei anterior apenas deixa de operar com o advento da nova Constituição. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 194-195.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 195-196.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 197.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 198-199.

superveniente, para que a nova Constituição alcançasse os efeitos de um ato anterior ao advento da nova ordem. Porém, esse entendimento foi superado, e, hoje, reconhece-se que as normas do poder constituinte originário são dotadas de eficácia retroativa mínima, uma vez que atingem os efeitos futuros de fatos praticados no passado. Isso significa que a Constituição não atinge os efeitos passados dos atos praticados anteriormente à sua vigência, mas alcança os efeitos futuros desses atos, os efeitos que deveriam ocorrer na vigência da nova Carta.⁴² Nesse sentido, explica o Ministro Moreira Alves, no precedente pioneiro do atual entendimento:

Se se elabora uma norma constitucional que veda situação anteriormente admitida, quer isso dizer que o Poder Constituinte, originário ou derivado, entende ser essa vedação exigida pelo interesse comum, e, portanto, aplicável de imediato, salvo disposição expressa em contrário. Por isso, os efeitos futuros de fatos passados são atingidos pelo novo preceito constitucional, respeitados apenas – exceto se a Constituição expressamente declarar o contrário – os efeitos que ocorreram antes da vigência do novo texto constitucional. [...] Em outras palavras, a Constituição, ao aplicar-se de imediato, não desfaz os efeitos passados de fatos passados (salvo se expressamente estabelecer o contrário), mas alcança os efeitos futuros de fatos a ela anteriores (exceto se os ressaltar de modo inequívoco).⁴³ [sublinhas do autor]

1.2 PODER CONSTITUINTE DE REFORMA

Quando se pensou no estabelecimento de Constituições escritas, imaginava-se que era possível estabelecer uma organização social que perdurasse para todo o sempre, com a elaboração de uma Constituição definitiva, que não necessitasse ser modificada. Essa pretensão à imutabilidade foi apenas o sonho de alguns iluministas do século XVIII, que queriam “a lei como um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades, atualizado para todas as gerações”. Porém, a imutabilidade é tese absurda que colide com a evolução dos fatos sociais e com a realidade da vida dinâmica, que sofre mudanças, renovações e progressos.⁴⁴

Para prevenir os efeitos de um engessamento de todo o texto constitucional, o próprio poder constituinte originário, ao estabelecer a Constituição, institui um poder constituinte reformador, conferindo-lhe competência para alterar a Lei Maior. Dessa forma,

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 200-201.

⁴³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. RE n. 94.414. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 13.02.85. DJ de 19.04.85. p. 05456. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP= AC&docID=187886>> Acesso em: 03 maio 2010.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 196.

evita-se que o poder constituinte originário tenha de ser convocado sempre que for necessário fazer alguma modificação no texto constitucional para adaptá-lo a eventuais situações novas.⁴⁵

Aceita-se, então, que a Constituição seja alterada, justamente com a finalidade de regenerá-la, conservá-la na sua essência, eliminando as normas que não mais se justificam política, social e juridicamente, aditando outras que revitalizem o texto, para que possa cumprir mais adequadamente a função de conformação da sociedade.

As mudanças são previstas e reguladas na própria Constituição que será alterada.⁴⁶

Assim, o poder constituinte originário elabora a Constituição destinando-a à permanência, mas sabendo que essa permanência não importa em eternidade. Por isso, para que o texto constitucional se mantenha sempre em conformidade com a evolução e as mudanças da sociedade, admite-se que a Constituição seja alterada pelo poder constituinte de reforma, empregando-se os meios previstos pelo próprio poder constituinte originário, que lhe estabelece o procedimento a ser seguido e as limitações a serem observadas. A expressão poder de reforma inclui tanto o poder de editar emendas à Constituição como o poder de revisão do texto.⁴⁷

Quando se fala em poder reformador, presume-se que a Constituição seja rígida, pois não cabe falar em poder constituinte instituído de reforma em Constituições flexíveis. A Constituição flexível caracteriza-se por ser modificável pelo Poder Legislativo, por meio de procedimento ordinário de estabelecimento de normas jurídicas. O poder reformador só existe em relação às Constituições rígidas, aquelas cuja alteração segue um procedimento especial e preordenado, mais complexo do que aquele próprio à atividade comum do Poder Legislativo.⁴⁸ A rigidez constitucional é técnica intermediária entre duas opções tidas como inaceitáveis, a inalterabilidade da Constituição e a extrema facilidade de sua reforma.⁴⁹

No Brasil, a reforma constituinte é tema de muita relevância. Com pouco mais de vinte anos desde sua promulgação, a Constituição de 1988 já conta com 64 emendas constitucionais promulgadas, o que evidencia a existência de uma ânsia reformadora que tem guiado os sucessivos governos. A reforma da Constituição repercute, direta e imediatamente, na vida de todas as pessoas e “tantas mudanças podem não ser meras

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64-65.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 203.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 203.

⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 108-109.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 204.

modificações esparsas, mas transformações que colocam em risco a sobrevivência da própria Lei Fundamental e do que nela se contém em termos de modelo de Estado e de princípios eleitos legitimamente pelo povo”.⁵⁰

Antes de estudar as espécies de reforma constitucional, é necessário, como lembra José Afonso da Silva, fazer a distinção entre mutação constitucional e reforma constitucional.

A primeira consiste num processo não formal de mudanças das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado. A segunda é o processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador.⁵¹ [sublinhas do autor]

1.3 ESPÉCIES DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Reforma, emenda e revisão constitucionais são manifestações do poder constituinte instituído. Como aponta José Afonso da Silva, a doutrina brasileira ainda vacila no emprego desses termos, mas há uma tendência em considerar a reforma como um gênero,⁵² do qual são espécies o procedimento de emenda e o procedimento de revisão, métodos de mudança formal das constituições.⁵³

A reforma, como gênero, é qualquer alteração no texto constitucional. Já a emenda é a via permanente de reforma, é o caminho que a Constituição estabelece para a introdução de novas regras ou preceitos no texto constitucional, submetida a formalidades mais

⁵⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Limites constitucionais à competência de reforma constitucional no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 136.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo. Malheiros, 2005, p. 61-62.

⁵² Em sentido oposto a essa tendência doutrinária, não se pode ignorar o pensamento de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, o qual defende que a reforma constitucional é obra de modificação total da Constituição, diferenciando os termos reforma, revisão e emenda da seguinte forma: “Na busca de um sentido mais rigoroso – portanto, estabelecendo procedimento diferenciado –, reforma é o ato ou efeito de reformar, do latim *reformare*, formar de novo, reconstruir. Assim, reforma constitucional é o ato radical de desconstituição de uma determinada forma para o surgimento de uma outra nova que lhe ocupa o antigo lugar. [...] De qualquer sorte, e por qualquer ângulo, reforma constitucional é a reconstrução radical – tomado o termo no sentido de partir da raiz e sustentar um corpo ou uma ideia – de uma forma considerada adequada para a Constituição, de tal modo que implique no abandono total da estrutura pretérita e adoção de uma outra, nova, que a substitui. Nesse sentido, podemos falar concretamente de reforma constitucional no Estado brasileiro quando da promulgação da EC 1/69. O processo de revisão constitucional tem uma amplitude sensivelmente menor do que o de reforma tendo em conta que neste se procede a um novo exame ou análise para correção, adaptação, acréscimo, exclusão, aprimoramento de pontos e questões constitucionais definidas, mas sem implicar na reconstituição da ordem estatal. A emenda constitucional é o processo legislativo (art. 59, I, da CF) através de qual se operam as modificações ordinárias no texto da Constituição. A reforma constitucional é um processo político e institucional de reconstrução da ordem constitucional por afetação da superestrutura do Estado; a revisão é um processo político e legislativo de evolução constitucional; a emenda é um processo legislativo que serve como via de penetração das alterações ordinárias na constituição”. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 159-160.

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo. Malheiros, 2005, p. 62.

difíceis que as exigidas para a alteração das leis ordinárias. Por sua vez, a revisão é a via extraordinária e transitória de reforma, provida de um grau inferior de rigidez para tornar mais fácil sua singular utilização.⁵⁴

Assim, o poder de reforma constitucional pode manifestar-se de duas maneiras: por meio de emenda constitucional, regulada no art. 60 da Constituição de 1988, modo que pode ser exercido a qualquer tempo, desde que respeitado o procedimento e obedecidas as limitações previstas no texto constitucional; e pela via da revisão, prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelecida para ocorrer uma única vez, cinco anos após a promulgação da Constituição.

1.3.1 REVISÃO CONSTITUCIONAL

O art. 3º do ADCT dispõe que: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”. Estabeleceu-se, assim, um rito mais célere e mais simplificado para a mudança formal da Constituição, a ser exercido em uma única oportunidade.

No momento da promulgação da Constituição, muito se discutiu acerca da natureza e da amplitude da revisão constitucional, o que resultou na formação de várias correntes de opinião. Alguns defendiam a tese maximalista, pretendendo ver na revisão constitucional um segundo turno de discussão e deliberação sobre toda a Constituição aprovada e já promulgada. Para eles, na revisão constitucional, “o Congresso Nacional teria recebido poderes ilimitados para reformar a Constituição, atuando como se fora uma autêntica Assembleia Constituinte”, não devendo observância sequer às cláusulas pétreas.⁵⁵

Em contraposição, a tese minimalista pregava que só poderia haver revisão constitucional, com o fim de adaptar a Constituição, se a resposta ao plebiscito, previsto no art. 2º do ADCT,⁵⁶ fosse favorável à monarquia constitucional ou ao parlamentarismo. No entanto, como a resposta ao plebiscito redundou em confirmação da república como forma e do presidencialismo como sistema de governo, para essa corrente nada haveria de ser alterado, tornando sem efeito a previsão da revisão constitucional, que perderia seu objeto.⁵⁷

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 207-209.

⁵⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 162-163.

⁵⁶ O art. 2º do ADCT assim dispõe: “No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”.

⁵⁷ Esse é o entendimento sustentado por Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 209-210.

A corrente que prevaleceu tem um entendimento intermediário e defende que a revisão constitucional pode ser estendida a todos os pontos da Constituição, salvo aqueles que dizem respeito à forma federativa de Estado; ao voto direto, secreto, universal e periódico; à separação de poderes; e aos direitos e garantias individuais.⁵⁸ Portanto, a revisão está submetida às mesmas limitações materiais previstas para a elaboração de emenda constitucional, diferenciando-se desta apenas no que diz respeito ao procedimento previsto.

Hoje, o único sistema de mudança formal da Constituição é a emenda, uma vez que a revisão constitucional se realizou no período compreendido entre outubro de 1993 e maio de 1994, não sendo mais possível outra revisão, nos termos previstos no art. 3º do ADCT, pois, como norma transitória, esgotou-se em definitivo ao ser aplicada.⁵⁹ Quando levada a efeito, a revisão constitucional acabou por produzir seis Emendas Constitucionais de Revisão.

1.3.2 EMENDA CONSTITUCIONAL

O grau de rigidez e, portanto, de supremacia da Constituição repousa na técnica de sua modificação, que importa em estabelecer um procedimento mais dificultoso para modificá-la.⁶⁰

A emenda, prevista no art. 59, inciso I, da Constituição, como via ordinária para a reforma do texto constitucional, é o instrumento apropriado para manter a ordem normativa superior adequada com a realidade em face da evolução da sociedade. Unicamente ela pode introduzir mudanças ou variações na Constituição.⁶¹

Embora inserida no processo legislativo, a emenda constitucional possui procedimento próprio, previsto no § 3º do art. 60 da Constituição, não se sujeitando à sanção do Presidente da República, sendo promulgada diretamente pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Perante os demais diplomas legislativos, a emenda goza de rigidez procedimental em relação a sua forma de discussão e de aprovação, a qual serve de proteção das regras constitucionais contra a eventual ação violadora do legislador comum.⁶²

As emendas constitucionais constituem, atualmente, a única via formal de manifestação do poder de reforma constitucional. E, por serem instrumentos do poder instituído, estão sujeitas a limitações expressas de natureza formal e material, previstas pelo próprio poder constituinte originário no *caput* e nos parágrafos do art. 60 da Constituição, bem como a limitações materiais implícitas, inerentes à reforma constitucional.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 211.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 62.

⁶⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 195.

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 208.

⁶² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 208.

1.4 LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA

O poder de reforma constitucional é, inquestionavelmente, um poder limitado, porque é regrado por normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento a ser seguido e modo de agir, dos quais não se pode distanciar sob pena de sua obra sair viciada.⁶³

Por derivar do poder constituinte originário, o poder reformador está contido em um quadro de limitações explícitas e implícitas, as quais conferem estabilidade ao texto constitucional e impedem a quebra de princípios básicos, retirando-os do alcance do poder constituinte derivado, para que sua permanência e preservação sejam asseguradas.⁶⁴

As limitações explícitas ou expressas são aquelas formalmente postas no texto constitucional, enquanto que as limitações implícitas ou tácitas são as decorrentes dos princípios e do espírito da Constituição.⁶⁵ Tais limites podem ser tanto de ordem formal, classificados como procedimentais, temporais e circunstanciais; quanto de ordem material, denominados cláusulas pétreas, que podem ser expressas ou implícitas no texto constitucional.

1.4.1 LIMITES FORMAIS

Segundo José Afonso da Silva, as limitações formais podem ser assim sinteticamente enunciadas: “o órgão do poder de reforma (ou seja, o Congresso Nacional) há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição”.⁶⁶ São, portanto, os limites atinentes à forma prevista para a manifestação do poder de reforma constitucional.

Os limites formais são procedimentais, temporais e circunstanciais.

As limitações procedimentais, previstas no *caput* e nos §§ 2º e 5º do art. 60 da CF, restringem a liberdade do órgão reformador e se referem ao próprio processo de elaboração e tramitação das emendas constitucionais. Assim, o *caput* do citado artigo aponta os legitimados ativos para apresentar proposta de emenda, restringindo a iniciativa a um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ao Presidente da República; e a mais da metade das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. O § 2º estabelece a competência do Congresso Nacional para apreciação da proposta e exige *quorum* qualificado para a aprovação da emenda, devendo a discussão e a votação ocorrer em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional e reunir, em ambos, o voto favorável de três quintos dos respectivos membros. Por fim, o § 5º proíbe que emenda rejeitada ou havida por prejudicada seja reapresentada, na mesma sessão legislativa.⁶⁷

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo. Malheiros, 2005, p. 65.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 198.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 198-202.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo. Malheiros, 2005, p. 65.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 205.

A segunda modalidade de limitação formal é aquela que se prende a determinadas circunstâncias históricas e excepcionais, as quais configuram um estado de crise que torna ilegítimo empreender qualquer reforma constitucional.⁶⁸ As restrições circunstanciais, positivadas no § 1º do art. 60 da CF, proíbem que o poder de reforma seja exercido em determinados contextos históricos anormais, como a intervenção federal, o estado de sítio ou o estado de defesa.

Já as limitações temporais limitam no tempo a ação reformista, vedando que a Constituição seja emendada durante certo período de tempo. Essas limitações não são comumente encontráveis na história constitucional brasileira, apenas a Constituição do Império estabeleceu esse tipo de limitação, prevendo que somente após quatro anos de vigência poderia ser reformada a Constituição. Tal limite não está previsto na Constituição Federal de 1988, que pode ser emendada a qualquer tempo.⁶⁹

1.4.2 LIMITES MATERIAIS EXPRESSOS: CLÁUSULAS PÉTREAS

Algumas matérias não podem ser tocadas pelo órgão a que se confere a função de reforma constitucional, por isso o constituinte originário excluiu, expressamente, determinados conteúdos da incidência do poder de emendas. Tais matérias não podem ser excluídas do sistema ou modificadas em sua forma de tratamento em atenção aos princípios constitucionais fundamentais, para evitar a ruptura do contexto normativo e a alteração de todo o ordenamento jurídico. Esses limites materiais “consistem no desdobramento do princípio da intangibilidade material da essência da Constituição”, sem o qual a Constituição seria uma Lei sujeita ao poder constituído, em vez de submetê-lo às suas definições.⁷⁰

A reforma da Constituição tem por objetivo revitalizá-la como um todo, mas a identidade básica do texto deve ser preservada. Por isso, o constituinte originário indica os princípios que não podem ser modificados, como forma de manter a unidade do texto constitucional. Para Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

o que explica a consagração dessas cláusulas de perpetuidade é o argumento de que elas perfazem um núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário, que ele intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas. E o poder constituinte pode estabelecer essas restrições justamente por ser superior juridicamente ao poder de reforma.⁷¹ [sublinhas dos autores]

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 200.

⁶⁹ Importante lembrar que a revisão constitucional, prevista no art. 3º do ADCT, não configurou uma limitação temporal ao poder de reforma da Constituição de 1988. Ela se esgotou com a revisão empreendida e concluída, e não há como revivê-la legitimamente. Agora só existe o processo de emenda constitucional do art. 60, a qual não está submetida a nenhum limite temporal. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 65-66.

⁷⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Limites constitucionais à competência de reforma constitucional no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 141.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 206-207.

As Constituições brasileiras republicanas sempre contiverem um núcleo imodificável destinado a preservar o pacto fundante, denominado cláusulas pétreas, em torno das quais giram três correntes doutrinárias em relação à sua natureza jurídica.

Para alguns autores, as cláusulas pétreas são juridicamente inaceitáveis, uma vez que não há uma diferença substancial entre o poder constituinte de revisão e o originário, sendo ambos forma de expressão da soberania do Estado exercidos em um regime democrático, por representantes eleitos pelo povo. Logo, a vontade do poder constituinte originário não pode ser considerada superior à vontade do poder de revisão expressa posteriormente. Outros sustentam que as normas que funcionam como limites materiais, por impedirem a revisão de certos preceitos básicos, são juridicamente vinculantes. No entanto, elas próprias estão sujeitas a alterações e revogação e podem ser suprimidas do ordenamento jurídico, abrindo caminho para que os princípios petrificados também sejam removidos. Assim, ao contrário da primeira corrente, esses autores admitem uma restrição relativa, uma vez que ela pode ser removida pelo mecanismo da dupla revisão.⁷²

Os defensores da terceira corrente aceitam a limitação material e a têm como absolutamente vinculante, imprescindível e incontornável. Para eles, “o poder de revisão, criado pela Constituição, deve conter-se dentro do parâmetro das opções essenciais feitas pelo constituinte originário”. Isso porque o propósito do poder reformador não é criar uma nova Constituição e, sim, ajustá-la às novas conjunturas, por isso ele não se pode libertar totalmente das normas estabelecidas pela própria Constituição. Essa corrente vai de encontro à tese da dupla revisão, sustentando que “só faz sentido declarar imutáveis certas normas se a própria declaração de imutabilidade também o for. Do contrário frustrar-se-ia a intenção do constituinte originário”.⁷³ Assim, a própria lista das cláusulas pétreas é uma cláusula pétrea implícita e não pode ser abolida. Esse é o entendimento predominante no Brasil.

A proteção outorgada pelas cláusulas pétreas não impede que o poder de reforma constitucional disponha a respeito das matérias relacionadas pelo dispositivo limitador. Isso porque elas não têm por meta preservar a redação de uma norma constitucional, mas os princípios e as estruturas essenciais da Constituição.

Por isso também se leciona que a mera alteração redacional de uma norma componente do rol das cláusulas pétreas não importa, por isso somente, inconstitucionalidade, desde que não afetada a essência do princípio protegido e o sentido da norma. [...]

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 207.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 208.

Diz-se que, conquanto fique preservado o núcleo essencial dos bens constitucionais protegidos, isto é, desde que a essência do princípio permaneça intocada, elementos circunstanciais ligados ao bem tornado cláusula pétrea poderiam ser modificados ou suprimidos.⁷⁴ [sublinhas dos autores]

As limitações materiais expressas ao poder de reforma constitucional estão previstas no §4º do art. 60 da Constituição Federal, que proíbe a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. Quanto ao real significado da expressão tendente a abolir utilizada pelo constituinte originário, explica Cármen Lúcia Antunes Rocha:

O que primeiro se há de cuidar é do que significa, exatamente, proposta de emenda tendente a abolir. É que a Constituição não veda a modificação das matérias arroladas entre aquelas que configuram limites materiais expressos ou mesmo implícitos. Apenas proíbe até mesmo a sujeição à deliberação daquela proposta na qual se indique uma tendência à extinção de matriz constitucional, que é o que se contém nas normas havidas como impossíveis de ser excluídas do sistema. A sua extinção (ou a sua abolição, para se valer da expressão constitucional) equivaleria a uma transformação da raiz, da semente do sistema, e ter-se-ia, então, uma nova configuração do desenho do Estado. [...]

Não se há, contudo, de exagerar a ponto de impedir que haja mudanças nas matérias definidas entre aquelas que se põem entre as limitadoras ao processo de reforma. A matéria pode ser objeto de tratamento da competência reformadora, mas no sentido de ampliar a democracia. Não se inadmitirá o seu cuidado de qualquer forma apenas pelo receio de que o advento da propagação de novas ideias venha a ter lugar e possa inspirar mudanças estruturais. Afinal, do que o sistema constitucional preserva-se é da extinção ou aniquilação daquilo que é a sua essência e que, se alterado, determinaria a recriação do sistema e não a sua mera reforma.⁷⁵ [sublinhas da autora]

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 209.

⁷⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Limites constitucionais à competência de reforma constitucional no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 154-155.

1.4.3 LIMITES MATERIAIS IMPLÍCITOS

O poder de reforma constitucional é também um poder circunscrito a limitações implícitas, decorrentes dos princípios constitutivos do sistema constitucional e da própria ideia de Constituição rígida.

Todas as normas relativas à identidade básica da Constituição idealizada pelo poder constituinte originário devem ser tidas como limitações ao poder de emenda, mesmo que não tenham sido explicitadas no §4º do art. 60 da CF. Mesmo que não haja proibição expressa, a própria cláusula que declara a imutabilidade não pode ser tida como objeto de revogação pelo poder reformador,⁷⁶ frustrando-se, assim, “a possibilidade de o legislador constituinte proceder à dupla revisão, eliminando a cláusula pétrea e, posteriormente, os princípios por ela protegidos”.⁷⁷

Nesse aspecto, José Afonso da Silva faz referência aos exemplos concebidos por Nelson de Souza Sampaio, o qual enumera as categorias de normas constitucionais que estariam implicitamente fora do alcance do poder de reforma, pois, “se pudessem ser mudadas pelo poder de emenda ordinário, de nada adiantaria estabelecer vedações circunstanciais ou materiais a esse poder”. São elas:

- (1) “as concernentes ao titular do poder constituinte”, pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador;
- (2) “as referentes ao titular do poder reformador”, pois seria despautério que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário;
- (3) “as relativas ao processo da própria emenda”, distinguindo-se quanto à natureza da reforma, para admiti-la quando se tratar de tornar mais difícil seu processo, não a aceitando quando vise a atenuá-lo.⁷⁸

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico é formado por uma pluralidade de normas, cuja validade pode ser atribuída a uma única norma fundamental, responsável pela unidade de todas as normas que integram esse sistema e fonte comum do significado normativo de todas as

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 218.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 442.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo. Malheiros, 2005, p. 68.

situações de fato constituídas. A norma fundamental nada mais é que “uma regra fundamental, conforme a qual são produzidas as normas do ordenamento jurídico, a criação da estabilidade fundamental da produção jurídica”.⁷⁹

O ordenamento jurídico não é um sistema de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, é um sistema escalonado em diferentes níveis de normas jurídicas, sendo que uma norma de grau inferior deve ser produzida de acordo com uma norma de grau superior e dela retirar seu fundamento de validade. Esse escalonamento pode ser representado colocando-se a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta, cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento legislativo, determinando o conteúdo das futuras leis.⁸⁰ Portanto, a Constituição está situada no topo da pirâmide jurídica, é dotada de supremacia em relação às demais normas do ordenamento e é a fonte primária de todas elas, conferindo-lhes o fundamento de validade.⁸¹

Esse sistema jurídico escalonado, que tem no ápice a Constituição, pressupõe ordem e unidade, devendo suas normas conviver de maneira harmoniosa. Assim, uma norma de grau inferior deve corresponder à outra de grau superior, seja em sua produção, seja em seu conteúdo, para que seja mantida a unidade do ordenamento jurídico. Não é possível que entre duas normas de graus diferentes exista uma contradição lógica, não pode ocorrer o problema da norma contrária à norma. Portanto, não é possível existir uma lei inconstitucional, ou seja, lei válida que conflite com a prescrita pela Constituição vigente.⁸²

Qualquer conflito que agrida a supremacia da Carta compromete a harmonia do ordenamento, tornando indispensável a existência de meios de reação eficientes capazes de eliminar os fatores de desagregação e de ruptura do sistema.

O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema prevê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.⁸³

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: José Cretella Junior e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 94-97.

⁸⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: José Cretella Junior e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 103.

⁸¹ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 17.

⁸² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: José Cretella Junior e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 109-110.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.

São necessárias duas premissas para a existência do controle de constitucionalidade: a supremacia da Constituição, que, como visto, revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema e é o fundamento de validade de todas as demais normas, sendo que nenhuma lei pode subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição; e a rigidez constitucional, uma vez que, para figurar como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional necessita de um procedimento de elaboração mais complexo do que o estabelecido para gerar normas infraconstitucionais.⁸⁴

A Constituição norte-americana de 1787 representou o modelo das chamadas Constituições rígidas, dando início à época do constitucionalismo, com a concepção da supremacia da Constituição em relação às leis ordinárias e a imposição do poder e do dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Carta. A esse respeito, é famosa a sentença da Suprema Corte norte-americana, redigida por seu Presidente John Marshall, no caso *Marbury versus Madison* de 1803, na qual se concluiu que “ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária. Não há meio termo entre essas duas alternativas”. A opção do Presidente da Suprema Corte, com a proclamação da supremacia da Constituição e com a proibição de se aplicarem as leis inconstitucionais, representou uma grande e importante inovação.⁸⁵

Para melhor compreensão, cabe sintetizar o contexto histórico no qual esse importante precedente foi proferido. Nas eleições de 1800, nos Estados Unidos, os federalistas foram derrotados pela oposição republicana, tanto para o Legislativo como para o Executivo. Thomas Jefferson seria o sucessor do então Presidente John Adams, que, antes do encerramento de seu governo, articulou-se com o Congresso, numa tentativa de conservar a influência política dos federalistas por meio do Poder Judiciário. Em 1801, foram aprovadas duas leis de reorganização do Judiciário Federal, por meio das quais reduziram o número de Ministros da Suprema Corte; criaram dezesseis novos cargos de juiz federal, os quais foram todos preenchidos por federalistas aliados do Presidente derrotado; e nomearam quarenta e dois juízes de paz, cujos nomes indicados foram confirmados pelo Senado às vésperas da posse de Thomas Jefferson.⁸⁶

Os atos de investidura dos novos juízes foram assinados por John Adams em seu último dia de governo, ficando John Marshall, então Secretário de Estado e já indicado pelo Presidente derrotado para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte, encarregado de entregá-los aos nomeados. No entanto, tendo um único dia para entregar todos os atos

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-2.

⁸⁵ Mauro Cappelletti reconhece o caráter pioneiro do direito norte-americano em relação ao sistema de controle judicial de validade das leis, porém, aponta a existência de uma espécie de “supremacia da Constituição” em relação às leis ordinárias em outros e mais antigos sistemas jurídicos. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992, p. 46-48.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3-4.

de investidura, Marshall não conseguiu concluir antes do encerramento do governo, ficando alguns dos nomeados sem recebê-los. O novo Presidente Thomas Jefferson tomou posse e proibiu seu Secretário de Estado, James Madison, de investir no cargo aqueles que não haviam tomado posse.⁸⁷

Um dos juízes de paz, nomeado e não empossado, era William Marbury, que propôs ação judicial, perante a Suprema Corte, para ver reconhecido seu direito ao cargo. Ocorre que o Congresso, já de maioria republicana, revogou a lei de reorganização do Judiciário Federal, extinguindo os cargos criados e destituindo seus ocupantes. Além disso, para impedir questionamentos dessa decisão perante a Suprema Corte, deixou-a sem se reunir de dezembro de 1801 a fevereiro de 1803. Nesse ambiente politicamente hostil, a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar *Marbury versus Madison*, que se tornou o mais célebre caso constitucional de todos os tempos. Apesar de a Constituição não conferir à Suprema Corte nem a qualquer outro órgão judicial competência dessa natureza, essa foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte reconheceu seu poder de negar aplicação às leis inconstitucionais, exercendo, assim, o controle de constitucionalidade.⁸⁸

Em seu voto, Marshall demonstrou, primeiramente, que Marbury tinha direito à investidura no cargo e, conseqüentemente, deveria haver um remédio jurídico para assegurá-lo. Em seguida, estabeleceu a regra de que os atos do Poder Executivo são passíveis de controle jurisdicional, tanto em relação à sua constitucionalidade quanto em relação à sua legalidade. Por fim, deveria decidir quanto à competência da Suprema Corte para o julgamento da ação, já que o pedido de Marbury foi formulado com base em uma lei de 1789, que atribuía à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações dessa natureza. Em seus argumentos, Marshall sustentou que a Lei Judiciária de 1789, ao criar uma hipótese de competência originária da Suprema Corte fora das previstas na Constituição, incorria em uma inconstitucionalidade. E, diante do conflito entre a lei e a Constituição, Marshall decidiu que a Suprema Corte poderia deixar de aplicar, por inválida, uma lei inconstitucional.⁸⁹

Em suas razões, Marshall expôs os três fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade, assim descritos por Luís Roberto Barroso:

Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4-5.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 7-8.

controvertido de sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a Corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes rege a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve rege o caso ao qual ambos se aplicam”.⁹⁰ [sublinhas do autor]

Marshall decidiu, portanto, pela incompetência da Suprema Corte para o julgamento da ação, mas estabeleceu a competência do Judiciário para rever os atos do Executivo e do Legislativo à luz da Constituição. Seu voto foi marcado por uma sagacidade política, uma vez que, ao dar poderes ao Judiciário sobre os outros dois ramos do governo, vinculou teses que jamais seriam aceitas pelo Presidente Thomas Jefferson e pelos republicanos do Congresso. Porém, como foi a vontade deles que prevaleceu no caso concreto, não tinham como descumprir ou desafiar a decisão.⁹¹

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham.⁹² [grifo do autor]

Uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, é norma inválida, por desconformidade com o regramento superior e por não atender aos requisitos impostos pela norma maior. No caso da lei inconstitucional, essa falta de validade traz como consequência a sanção mais grave, que é a de nulidade da norma. Assim, prevalece no Brasil, em sede doutrinária e jurisprudencial, o entendimento de que “lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa, restando inválidos todos os atos praticados com base na lei impugnada”. Inevitável, porém, que seja admitido o temperamento da regra geral em algumas situações, suprimindo-se ou atenuando-se o caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade, em nome de valores como o da boa-fé, da justiça e da segurança jurídica.⁹³

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13-21.

2.1 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

A Constituição regula o modo de produção das leis e dos demais atos normativos, definindo a competência para sua elaboração e o procedimento a ser seguido em sua criação. Costuma-se distinguir a inconstitucionalidade formal da inconstitucionalidade material de acordo com a origem do defeito que macula o ato questionado.

Ocorre inconstitucionalidade formal “quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico”.⁹⁴ Os vícios formais afetam o ato normativo sem atingir o seu conteúdo, referem-se aos pressupostos e aos procedimentos relativos à formação da lei.⁹⁵ Entre outras possibilidades, os vícios de forma traduzem-se na inobservância da regra de competência para a edição do ato; na inobservância do processo legislativo próprio, que compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação; e no desrespeito à espécie normativa específica reservada pela Constituição a determinadas matérias.⁹⁶

A inconstitucionalidade será material “quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio”.⁹⁷ Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo do ato e envolvem não apenas o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo. Isso significa a necessidade de aferição da compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos, bem como da constatação de observância do princípio da proporcionalidade.⁹⁸

O reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo acarreta a invalidade da norma, gerando o mesmo efeito jurídico, independentemente do caráter formal ou material do vício. Apenas na hipótese de incompatibilidade se dar entre uma nova Constituição, ou uma emenda constitucional, e uma norma infraconstitucional preexistente é que a natureza formal ou material da inconstitucionalidade contribui para produzir efeitos diversos. Sendo a inconstitucionalidade de natureza material, a norma não poderá subsistir, uma vez que normas anteriores e incompatíveis com o novo tratamento constitucional ficam automaticamente revogadas; porém, quando a incompatibilidade for de natureza formal, mas a norma infraconstitucional for materialmente compatível com o

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 961.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26-28.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 963.

novo ordenamento constitucional, será recepcionada passando apenas a se submeter à nova disciplina.⁹⁹

Em suma, a distinção entre inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material reside no fato de uma norma ter sido editada com infração a regras procedimentais ou em desarmonia com o conteúdo da Constituição, respectivamente.

2.2 INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Constituição é uma norma jurídica e, como tal, contém comandos que se materializam em normas cogentes, as quais podem impor ou vedar determinados comportamentos. Portanto, a Constituição é suscetível de violação tanto por via de ação, quando se tem uma conduta positiva de praticar um ato proibido; quanto por via de omissão, quando se deixa de praticar um ato exigido por ela, ocorrendo uma inércia ilegítima.¹⁰⁰

Do princípio da supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico, desse modo, as normas de grau inferior só terão validade se forem compatíveis com as de grau superior, que são as normas constitucionais. A inconstitucionalidade por ação é resultado da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição.¹⁰¹

Se do afazer legislativo resulta uma norma contrária ou incongruente com o texto constitucional, seja no plano da regularidade do processo legislativo, seja no plano do direito material regulado, o ordenamento jurídico oferece mecanismos de proteção à regularidade e estabilidade da Constituição.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade variam de acordo com os modelos e sistemas, mas todos têm o mesmo objetivo de expurgar do ordenamento jurídico as normas que são incompatíveis com a Constituição.¹⁰²

A inconstitucionalidade por omissão, cujo reconhecimento é relativamente novo no direito brasileiro, refere-se à inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização de comandos constitucionais. Os instrumentos de controle de constitucionalidade desenvolvidos para o combate dos atos comissivos praticados em

⁹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29-30.

¹⁰⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, p. 47.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 974.

desacordo com a Constituição não são suficientes nem adequados para enfrentar a inconstitucionalidade que se manifesta por meio de um não fazer. Mas não basta a simples inércia do legislador para caracterizar a omissão inconstitucional, esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que o legislador atue positivamente para criar uma lei.¹⁰³

A Constituição de 1988 concebeu dois remédios jurídicos para enfrentar o problema da inconstitucionalidade por omissão: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, previstos no art. 5º, inciso LXXI, e art. 103, § 2º, respectivamente.

2.3 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Doutrinariamente é possível identificar três grandes modelos de controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno: o americano, o austríaco e o francês. O modelo americano teve por marco inicial a decisão proferida no caso *Marbury versus Madison* e tem por característica essencial o fato de ser exercido de maneira difusa por todos os juízes e tribunais. O modelo austríaco, disseminado na Europa após a 2ª Guerra Mundial, tem como elemento característico a criação de um órgão próprio, chamado Corte Constitucional, competente para manifestar-se acerca da constitucionalidade das leis. Já o modelo de controle de constitucionalidade francês tem por traços fundamentais seu caráter prévio e não jurisdicional, sendo exercido pelo Conselho Constitucional.¹⁰⁴

Como se vê, as formas de controle de constitucionalidade são as mais diversas, sendo possível sistematizar essas diferentes características para se chegar à seguinte classificação: quanto à natureza do órgão, o controle pode ser político, jurisdicional ou misto; quanto ao momento de exercício, tem-se o controle preventivo ou repressivo; quanto ao órgão judicial que exerce o controle jurisdicional, o sistema pode ser difuso, concentrado ou misto; e quanto à forma ou modo de controle, este pode ser incidental ou abstrato.

2.3.1 CONTROLE POLÍTICO E CONTROLE JURISDICIONAL

O controle de constitucionalidade político, associado à experiência constitucional francesa, ocorre quando a atividade de controle é exercida por um órgão político e não jurisdicional. A Constituição francesa em vigor criou o Conselho Constitucional, que se manifesta previamente à promulgação de determinadas leis, não tendo o poder de declarar

¹⁰³ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32-33.

¹⁰⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 41.

a inconstitucionalidade de quaisquer diplomas legais já vigentes. O controle político caracteriza-se, portanto, por ser um controle prévio e não judicial, uma vez que o órgão responsável por seu exercício não integra o Poder Judiciário.¹⁰⁵

No Brasil existem exemplos de controle político de constitucionalidade tanto no âmbito do Poder Legislativo, realizado nas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ao rejeitarem um projeto de lei por inconstitucionalidade; quanto no âmbito do Poder Executivo, como o veto de proposições legislativas incompatíveis com a Constituição.

O controle de constitucionalidade jurisdicional teve origem no direito norte-americano em 1803 com o caso *Marbury versus Madison* e somente ingressou na Europa com a Constituição da Áustria de 1920. O controle jurisdicional tem como principal fundamento o princípio da supremacia da Constituição, cabendo ao Judiciário o papel de seu intérprete final. Se a Constituição é a lei suprema, qualquer lei com ela incompatível é nula, logo, juízes e tribunais exercem o controle de constitucionalidade aplicando sempre a Carta Maior em detrimento de uma lei com ela conflitante.¹⁰⁶

2.3.2 CONTROLE PREVENTIVO E CONTROLE REPRESSIVO

O controle preventivo é aquele que se realiza antes da conversão de um projeto de lei em lei, quando o ato normativo ainda se encontra em processo de formação, e visa a evitar que normas inconstitucionais entrem em vigor e produzam efeitos. O órgão de controle, nesse caso, não declara a nulidade do ato, mas propõe a eliminação de eventuais inconstitucionalidades.¹⁰⁷

Por sua vez, no controle repressivo ou sucessivo, a intervenção jurisdicional ocorre quando a lei já se aperfeiçoou, já foi promulgada e publicada. Este é o controle típico do sistema brasileiro e é realizado pelo Poder Judiciário. Não obstante, há um controle prévio de constitucionalidade das leis exercido por órgãos políticos durante o processo legislativo.¹⁰⁸

Via de regra, não é possível desfechar-se o controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade em relação a projetos de leis ou a propostas de emendas constitucionais, pois nessa fase o arbítrio exclusivo da questão é do próprio Congresso. Qualquer intervenção do Poder Judiciário no processo legislativo seria exorbitante e afrontaria o

¹⁰⁵ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 42.

¹⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43-44.

¹⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.

¹⁰⁸ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 158.

princípio da separação dos Poderes. Uma única exceção, que será objeto de estudo do próximo capítulo, é a possibilidade de controle jurisdicional preventivo de proposta de emenda constitucional que atinja o núcleo imodificável da Constituição, por disposição expressa do §4º do art. 60 da Carta Maior, que proíbe a própria deliberação da proposta de emenda tendente a abolir cláusulas pétreas.¹⁰⁹

2.3.3 CONTROLE DIFUSO E CONTROLE CONCENTRADO

No que concerne ao aspecto subjetivo ou orgânico, pode-se distinguir dois tipos de sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis: o sistema difuso e o sistema concentrado.

O sistema difuso, também chamado sistema americano, é aquele em que “o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência”. Em outras palavras, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos.¹¹⁰ O sistema difuso tem a mesma origem do controle jurisdicional, tendo sido posto em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos com o julgamento do caso *Marbury versus Madison*.

O sistema concentrado, designado como sistema austríaco, é aquele em que “o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário”.¹¹¹ Este é o modelo dos tribunais constitucionais europeus, idealizado por Hans Kelsen, e adotado pela primeira vez na Constituição da Áustria de 1920.

Nos Estados Unidos e nos demais países que seguem a tradição da *common law*, existe o princípio do *stare decisis*. Isso significa que os julgados de um tribunal superior vinculam todos os órgãos judiciais inferiores no âmbito da mesma jurisdição, ou seja, a decisão proferida pela Suprema Corte é obrigatória para todos os juízes e tribunais. Portanto, “a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto traz como consequência a não aplicação daquela lei a qualquer outra situação, porque todos os tribunais estarão subordinados à tese jurídica estabelecida”.¹¹²

É, justamente, o princípio do vínculo aos precedentes que justifica a adoção do sistema difuso de controle de constitucionalidade por esses países, uma vez que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba por assumir eficácia *erga omnes*, não se limitando a

¹⁰⁹ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 158.

¹¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992, p. 67-77.

¹¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992, p. 67.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 48.

trazer o efeito da não aplicação apenas a um caso concreto. Assim, uma vez não aplicada pela Suprema Corte por inconstitucionalidade, uma lei americana é tornada lei morta.¹¹³

Diferentemente, nos países que seguem o sistema de *civil law*, não existe o princípio do *stare decisis*. Logo, a introdução do modelo difuso de controle nos sistemas jurídicos europeus levaria a uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, uma vez que a não aplicação de uma lei pelo órgão supremo da justiça não impediria o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento jurídico, nem mesmo uma mudança de opinião pelo próprio órgão supremo. Tão graves inconvenientes práticos levaram esses países a encontrar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir sobre a constitucionalidade das leis com eficácia *erga omnes*, para evitar o perigo de conflitos e de incerteza do direito. Essa solução deu lugar ao chamado sistema concentrado, visto que a função de controle de constitucionalidade das leis é concentrada em um único órgão judiciário, idealizado e criado especialmente para essa função.¹¹⁴

Na verdade, no sistema de controle “concentrado”, a inconstitucionalidade e conseqüentemente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser acertada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito “válido” nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional. Ao contrário, os juizes comuns – civis, penais, administrativos – são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum* e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis. Eles devem sempre, se assim posso me exprimir, ter como boas as leis existentes, salvo, eventualmente – [...] – o seu poder de suspender o processo diante deles pendente, a fim de arguir, perante o Tribunal especial Constitucional, a questão de constitucionalidade surgida por ocasião de tal processo.¹¹⁵

O sistema misto de controle jurisdicional de constitucionalidade congrega tanto o modelo difuso, quanto o concentrado. Em geral, nos sistemas mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei inconstitucional aos casos concretos em julgamento, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou

¹¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992, p. 80-81.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992, p. 77-83.

¹¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992, p. 84-85.

concentrado. No Brasil adota-se o sistema misto de controle, em que se conjugam o tradicional modelo difuso, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade, da competência do Supremo Tribunal Federal.¹¹⁶

2.3.4 CONTROLE INCIDENTALE CONTROLE ABSTRATO

Quanto ao aspecto modal, ou seja, ao modo como as questões de constitucionalidade das leis podem ser arguidas perante os juízes competentes, o controle de constitucionalidade pode ser incidental, também chamado controle concreto; ou abstrato, igualmente denominado controle principal.

Também sob esse aspecto, é muito nítida a diferença entre o modelo norte-americano e o modelo austríaco de controle de constitucionalidade. No primeiro sistema, o controle das leis é exercido em via incidental, enquanto que o segundo tem o caráter de um controle que se exerce em via principal.¹¹⁷

Nos países em que vige o controle incidental, as questões de constitucionalidade das leis somente podem ser arguidas no curso do processo e à medida que a lei, cuja constitucionalidade se discute, seja relevante para a decisão do caso concreto. Assim, será competente para resolver as questões de legitimidade constitucional das leis o mesmo órgão judiciário que detiver a competência para decidir o caso. Já no controle abstrato de constitucionalidade, as questões são submetidas ao julgamento dos órgãos judiciários em via principal, ou seja, em um adequado e autônomo processo constitucional, que será decidido por uma Corte especial constitucional.¹¹⁸

Em síntese, “diz-se controle incidental ou *incidenter tantum* a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição”. Esse tipo de controle ocorre quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade de uma norma faz parte do raciocínio jurídico a ser desenvolvido na solução do caso concreto, ou seja, o debate constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida para a resolução do litígio.¹¹⁹ Cogita-se também de inconstitucionalidade pela via da exceção, uma vez que o objetivo principal da ação não é o exame de constitucionalidade da lei.¹²⁰

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 955-956.

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 102.

¹¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 102-103.

¹¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 956.

Ao contrário, o controle abstrato de constitucionalidade é “exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si”. Trata-se de mecanismo de preservação da harmonia do sistema jurídico, que visa à eliminação de qualquer norma que seja incompatível com a Constituição. É realizado por meio de uma ação direta com caráter institucional, cuja legitimação é limitada a determinados órgãos e entidades, veiculada por meio de um processo objetivo, no qual não há lide nem partes, e interposta perante uma Corte Constitucional ou um Tribunal Superior.¹²¹

Como visto, o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema misto de controle de constitucionalidade das leis, no qual, em regra, o controle incidental é realizado por meio do sistema difuso, e o controle abstrato, por meio do sistema concentrado.

No entanto, não se confundem os conceitos de sistema difuso, desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício da jurisdição, e de controle incidental, realizado na apreciação de um caso concreto. Embora, em geral, o controle incidental seja associado ao modelo difuso, o próprio sistema jurídico brasileiro admite uma hipótese de controle incidental concentrado, que é a arguição de descumprimento de preceito fundamental.¹²²

2.4 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Imperial de 1824 não contemplava qualquer sistema de controle de constitucionalidade assemelhado aos modelos atuais. Por influência do sistema francês, o Poder Legislativo era o guardião da Constituição e o único responsável por fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las. Era a consagração da soberania do Parlamento.¹²³

Com a instauração da República e sob influência do direito norte-americano, o controle de constitucionalidade foi introduzido no sistema jurídico brasileiro e consolidou-se no modelo difuso, já com previsão expressa na chamada Constituição Provisória de 1890. Também o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, trouxe inovações ao sistema de controle constitucional ao estabelecer o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes. Consagrou-se, assim, o controle por via incidental, em que os magistrados federais só podiam intervir em espécie e por provocação da parte.¹²⁴

A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, estabelecendo a competência dos juízes ou tribunais federais para processar e julgar causas concernentes a dispositivos constitucionais. Reconheceu, ainda, a competência do Supremo Tribunal Federal para rever em última instância as sentenças das Justiças dos Estados, quando houvesse

¹²¹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50.

¹²² BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50.

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 189.

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 190-191.

questionamento sobre a validade de tratados e leis federais. Portanto, não havia dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade, sendo a fiscalização exercida de modo incidental e difuso. Com algumas alterações, mas sem modificações substanciais, essa fórmula permaneceu a mesma durante toda a República.¹²⁵

A Constituição de 1934 introduziu significativas alterações no sistema de controle de constitucionalidade. O constituinte manteve as disposições contidas na Constituição de 1891, mas determinou que a inconstitucionalidade de um ato normativo somente poderia ser declarada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais, evitando, assim, a insegurança jurídica decorrente das oscilações de entendimento nos tribunais. A Carta consagrou, também, a competência do Senado Federal para suspender a execução de qualquer ato normativo declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.¹²⁶

A mais inovadora alteração trazida pelo Texto Magno de 1934 foi a introdução da representação interventiva, um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal. Estabeleceu-se que a lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais sensíveis, de observância obrigatória pelos Estados-membros, precisava ser previamente submetida à mais alta Corte, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua constitucionalidade.¹²⁷ Como afirma Gilmar Ferreira Mendes, “cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado, à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal”.¹²⁸

A Carta de 1937 representou um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido alteração alguma quanto ao modelo difuso de controle, preservando integralmente as regras da Constituição anterior, o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira ao estabelecer que o Presidente da República poderia submeter novamente ao Parlamento uma lei declarada inconstitucional, no caso de considerá-la necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou à defesa de interesse nacional de alta monta. A validade dessa lei poderia ser confirmada por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornando-se insubsistente a decisão do Tribunal que a declarou inconstitucional. Pode-se dizer que tal procedimento representava uma peculiar modalidade de revisão constitucional.¹²⁹

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 191-192.

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 192-193.

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 62-63.

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 193.

¹²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 195.

Com a Constituição de 1946 foi restaurada a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. Preservou-se a exigência da reserva de plenário, em que somente a maioria absoluta dos membros do Tribunal poderia declarar a inconstitucionalidade de uma lei, e manteve-se a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.¹³⁰

Quanto à representação interventiva, a Carta de 1946 atribuiu ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos da intervenção federal. Logo, diferentemente do que ocorria na Constituição de 1934, a intervenção federal subordinava-se à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, cuidava-se de aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado.¹³¹

Ao lado da representação interventiva, a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais. Impulsionado pela sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos, o próprio Supremo sugeriu a adoção de dois novos institutos de legitimidade constitucional: a representação de inconstitucionalidade de lei federal, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República; e uma prejudicial de inconstitucionalidade, suscitada exclusivamente pelo próprio Supremo Tribunal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo.¹³²

Instituiu-se, então, a denominada ação genérica de inconstitucionalidade, e o Supremo Tribunal passava a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação do Procurador-Geral. “Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal”. Apesar da grande inovação, o controle incidental e difuso não foi afetado, passando ambos a conviver entre si.¹³³

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade, mantendo-se o controle difuso e a ação direta de inconstitucionalidade, tal como previstos na Constituição de 1946. No entanto, a representação interventiva foi ampliada com o objetivo de assegurar não só a observância dos princípios sensíveis, mas também de prover a execução de lei federal.¹³⁴

¹³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 197.

¹³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 197-198.

¹³² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 203-204.

¹³³ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63-64.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 206.

A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, por muitos considerada como uma nova Constituição, previu expressamente o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município. A Emenda n. 7, de 1977, introduziu a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, com objetivo de evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta interpretação da lei. Por fim, a mesma Emenda n. 7 pôs termo à controvérsia acerca da utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade e reconheceu a competência do Supremo Tribunal para deferir o pedido de cautelar.¹³⁵

A Constituição de 1988 manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade combinando o controle por via incidental e difuso com o controle por via principal e concentrado. Todavia, trouxe um conjunto amplo de inovações, dentre as quais destaca Luís Roberto Barroso:

- a) a ampliação da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103);
- b) a introdução de mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI);
- c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º);
- d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º);
- e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III).¹³⁶

Na Carta de 1988, o controle incidental difuso continuou a ser previsto de forma expressa na disciplina do cabimento do recurso extraordinário,¹³⁷ e o controle abstrato concentrado contemplou duas possibilidades, podendo ser exercido: perante o Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e de ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, conforme disposto no art. 102, inciso I, alínea *a*; ou perante o Tribunal de Justiça do Estado, quando se tratar de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, conforme redação do art. 125, § 2º.¹³⁸

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 206-207.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64-65.

¹³⁷ Assim dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal de 1988, acerca da competência do Supremo Tribunal Federal: “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 65.

Entre tantas inovações, uma das mais significativas foi o fim do monopólio exercido pelo Procurador-Geral da República em relação à propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Embora o constituinte tenha assegurado o direito do Procurador-Geral, este é apenas um dos legitimados, elencados no art. 103 da CF, a propor tal ação.¹³⁹ São eles: o Presidente da República; as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Como mais recente passo no processo de evolução do controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro, ressalta-se a aprovação da Lei n. 9.868/99 e da Lei n. 9.882/99, as quais disciplinam instrumentos processuais destinados ao controle de constitucionalidade.¹⁴⁰ A primeira regula o processamento e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, esta criada pela Emenda Constitucional n. 3, de 1993. E a segunda cuida do processo e do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Portanto, há no Brasil o controle incidental, exercido de modo difuso por todos os juízes e tribunais, e o controle principal, por via de ação direta, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal, consoante o seguinte elenco:

- a) ação direta de inconstitucionalidade (genérica) (art. 102, I, *a*);
- b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);
- c) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*);
- d) ação direta interventiva (art. 36, III);
- e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).¹⁴¹

2.5 INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Como já visto anteriormente, as Constituições rígidas somente podem ser revistas com a observância dos ritos e dos limites prescritos pelo poder constituinte originário no próprio texto constitucional. Há vedações formais quanto ao procedimento, ao tempo e às circunstâncias da reforma da ordem constitucional, bem como limites materiais expressos

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 207.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 215.

¹⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67.

à eventual modificação da Lei Maior. A Constituição de 1988 elegeu como cláusulas pétreas, ou garantias de eternidade, a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.¹⁴²

A Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, e tais cláusulas pétreas refletem o esforço do constituinte para assegurar a integridade de seu texto. “Daí falar-se em inconstitucionalidade de normas constitucionais, seja em razão de afronta ao processo de reforma da Constituição, seja em razão de afronta às chamadas cláusulas pétreas”.¹⁴³ Portanto, o controle de constitucionalidade contempla o próprio direito de revisão, uma vez que as emendas constitucionais podem ser produzidas com infringência formal ou material à Constituição.

Mais complexa é a questão relativa à possibilidade de haver normas constitucionais originárias inconstitucionais. Ou seja, normas produzidas pelo constituinte originário que se chocam com outra norma constitucional de grau superior, ou que desconsidere valores jurídicos fundamentais, contrariando os princípios de um direito suprapositivo, ou, ainda, que se apresente em desarmonia com a ideologia e o espírito do próprio Texto Magno.¹⁴⁴ Em síntese, muito complexa é a questão dos limites imanes ao poder constituinte.

O constitucionalismo moderno se caracteriza pelo esforço desenvolvido no sentido de positivar o direito natural, consolidando-se a ideia de princípios superiores e a concepção de direitos inatos em um documento escrito, duradouro, permanente e superior às providências ordinárias. Assim, princípios elementares, anteriores à própria Constituição, lograram obter a sua constitucionalização.¹⁴⁵

As ideias jusnaturalistas e a concepção de que o poder constituinte originário é limitado implicitamente por uma justiça natural e superior foram acolhidas pelo sistema jurídico de alguns países, como o da Alemanha. A jurisprudência constitucional alemã não só admite o controle da reforma constitucional, como também reconhece a existência de princípios suprapositivos, cuja observância é obrigatória para o próprio constituinte originário.¹⁴⁶

Mas essa posição nunca assumiu relevância jurídica, uma vez que o princípio da unidade normativa da Constituição e a impossibilidade de existir uma hierarquia entre os dispositivos constitucionais tornam inviável a limitação da atividade do poder constituinte originário e a fiscalização de sua obra.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 977.

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 978.

¹⁴⁴ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 209.

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 979.

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 979-980.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

O objetivo deste capítulo é enfrentar a problemática do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, tomando por base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal proferida na vigência da Constituição de 1988, sem deixar de fazer referência, quando for o caso, a precedentes julgados sob a vigência de ordenamento constitucional pretérito.

Como se sabe, a ordenação jurídica e a realidade política e social devem ser consideradas em seu inseparável contexto e em seu condicionamento recíproco para que a Constituição tenha força normativa. A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser e dever ser, leva “aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”. Em síntese, explica Konrad Hesse:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições.¹⁴⁷ [sublinhas do autor]

Quanto mais o conteúdo de uma Constituição corresponder à natureza singular do presente, mais seguro será o desenvolvimento de sua força normativa. Isso porque tanto os elementos sociais, políticos e econômicos, quanto as tendências dominantes de seu tempo são requisitos imprescindíveis para a essência e a eficácia da Constituição. No entanto, a Lei Maior não pode expressar apenas uma “momentânea constelação de poder”, é indispensável que ela mostre condições de adaptar-se a eventuais mudanças dessas condicionantes, devendo estabelecer alguns princípios fundamentais, cujo conteúdo específico possa ser desenvolvido, ainda que surjam novas características em virtude das céleres modificações da realidade sociopolítica. A constitucionalização apenas de interesses particulares exige uma constante revisão constitucional e a consequente desvalorização da força normativa da Constituição.¹⁴⁸

Assim, a frequência das reformas constitucionais, sob a alegação de suposta necessidade política, afigura-se perigosa para a força normativa da Constituição e abala a

¹⁴⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 13-15.

¹⁴⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20-21.

confiança na sua inquebrantabilidade, pois “a estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição”. Cada reforma constitucional expressa a ideia de que se atribui maior valor às exigências momentâneas de índole fática do que à ordem normativa vigente.¹⁴⁹

A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito.¹⁵⁰ [sublinhas nossas]

Afigura-se necessário, portanto, que a ordem jurídica mostre-se tão dinâmica quanto a ordem sociopolítica, permitindo que a normatividade e a realidade mantenham uma relação de contínua integração, de modo a afastar situações de ruptura e assegurar a continuidade da ordem constitucional. Assim, embora o processo de reforma constitucional somente deva ser utilizado em ocasiões extraordinárias, é inquestionável que as necessidades sociopolíticas de um dado momento histórico exijam que sejam promovidas modificações no texto constitucional, com vista a permitir a adaptação da Constituição.¹⁵¹

No ordenamento jurídico atual, tais modificações somente podem ser implementadas pelo procedimento das emendas constitucionais, reguladas no art. 60 da Constituição como única via formal de manifestação do poder reformador. Pela natureza de poder constituído, o poder de reforma constitucional está submetido a limitações de forma e de conteúdo, previstas no próprio Texto Magno, não podendo delas se distanciar sob pena de vício, ficando a reforma constitucional sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade. Toda emenda constitucional editada com desrespeito às limitações impostas ou ao procedimento especial estabelecido padecerá de vício de inconstitucionalidade e ficará sujeita a controle pelo Poder Judiciário.¹⁵²

3.1 O STF E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS

A intrigante questão relativa à possibilidade de ser reconhecida a inconstitucionalidade de normas integrantes da própria Constituição suscitou importantes

¹⁴⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22.

¹⁵⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 23.

¹⁵¹ GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 419-421.

¹⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 68.

debates doutrinários e jurisprudenciais, tendo sido abordada com maestria por Otto Bachof, em sua clássica obra intitulada *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*.

Para o autor, a discussão sobre a possibilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais pressupõe uma distinção entre a Constituição em sentido formal e a Constituição em sentido material. A primeira corresponde ao conteúdo global das disposições escritas da Constituição, enquanto que a segunda representa o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, as atribuições e as competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as suas instituições fundamentais e sobre a posição do cidadão no Estado.¹⁵³

Outra questão importante é a relação entre a Constituição e o direito supralegal. Para ele, esse problema só aparentemente foi resolvido pela positivação do direito supralegal na Lei Fundamental, uma vez que não se pode provar que essa positivação esgota o conteúdo do direito supralegal, bem como não é possível demonstrar que todas e cada uma das regras da Constituição escrita estejam em harmonia com o direito supralegal, seja ele positivado ou não, fazendo subsistir a problemática fundamental da validade da Constituição. Conclui que a obrigatoriedade jurídica só existe na medida em que o legislador considere os “princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica” e atenda aos “mandamentos cardeais da lei moral”.¹⁵⁴

Resulta, assim, que o conceito material de Constituição exige que se leve em consideração o direito supralegal. Dessa forma, o autor tenta saber se todo o direito supralegal deve ser considerado parte integrante da Constituição, mesmo aquele que porventura não tenha sido abrangido pela positivação, e se uma violação desse direito pode ser qualificada como inconstitucional, em virtude do caráter incondicional da vinculação jurídica dele decorrente.¹⁵⁵

Entre outras possibilidades, Otto Bachof defende a inconstitucionalidade de norma constitucional por infração de direito supralegal positivado na Constituição, bem como a inconstitucionalidade por infração de direito supralegal não positivado. Na primeira hipótese, sustenta que o direito supralegal pertence à Constituição, logo uma norma constitucional que infrinja outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, será contrária ao direito natural e carecerá de legitimidade, sendo qualificada como inconstitucional, mesmo que pertença formalmente à Constituição. Já na segunda hipótese, mostra-se a favor da inclusão do direito supralegal não positivado na Constituição, uma vez que este é imanente a toda ordem jurídica e constitucional. Além disso, sustenta que a própria Lei Fundamental já reconhece a existência de direito supralegal e que tal reconhecimento não pode ser parcial, devendo abranger necessariamente todo o direito supralegal.¹⁵⁶

¹⁵³ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 38-39.

¹⁵⁴ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 40-43.

¹⁵⁵ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 46-48.

¹⁵⁶ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 62-67.

Outros doutrinadores também defenderam a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias e, sinteticamente, pode-se dizer que existem três principais hipóteses de ocorrência. A primeira é quando há uma contradição de normas constitucionais de significado secundário com outras normas constitucionais de grau superior.¹⁵⁷ A segunda ocorre no caso de uma norma constitucional infringir outra norma da Constituição que tenha positivado um direito supralegal, um princípio elementar anterior mesmo à própria Constituição, como os direitos e garantias individuais, por exemplo. A terceira e última hipótese se refere à violação, por uma norma constitucional, de princípios do direito supralegal não inseridos no texto da Constituição, tidos como valores fundamentais da justiça.¹⁵⁸

Na doutrina brasileira, defende-se a aplicação do princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, não havendo espaço para o reconhecimento de uma hierarquia entre dispositivos constitucionais, sendo impossível admitir a existência de normas constitucionais inconstitucionais.¹⁵⁹ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso salienta que, embora as normas constitucionais possam expressar verdadeiras contradições do ponto de vista lógico, do ponto de vista jurídico, tais antinomias eventualmente detectadas serão sempre aparentes e “solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela legítima exclusão da incidência de alguma delas sobre dada hipótese, por haver o constituinte disposto nesse sentido”.¹⁶⁰

Igualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal “não admite a existência de hierarquia entre normas constitucionais originárias e, conseqüentemente, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras”. Nesse sentido, e já na vigência da Constituição de 1988, a Suprema Corte, seguindo voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, não conheceu da ADI n. 815/DF, por impossibilidade jurídica do pedido.¹⁶¹

No julgamento dessa ação direta de inconstitucionalidade,¹⁶² o Supremo Tribunal Federal foi chamado a manifestar-se sobre a validade de normas constitucionais originárias em face de normas de grau superior da própria Constituição. Nessa oportunidade, o STF

¹⁵⁷ Essa hipótese foi defendida por constitucionalistas como Krüger e Giese, mas, apesar de ser tida como uma das possibilidades de normas constitucionais inconstitucionais, Otto Bachof não aderiu a tal proposição, argumentando que o legislador constituinte atua autonomamente estabelecendo normas jurídicas, e, justamente por força dessa autonomia, ele pode consentir também com as exceções ao direito assim estabelecido. Em suas palavras, conclui: “A meu ver, nenhuma diferença faz aqui que essas normas constitucionais sejam importantes ou menos importantes, não me parecendo possível considerar inconstitucional uma norma da Constituição de grau inferior, em virtude da sua pretensa incompatibilidade com o ‘conteúdo de princípio da Constituição’ (Giese), desde que este conteúdo de princípio da Constituição seja ainda produto de uma autônoma criação de direito. Não pode aqui falar-se de uma ‘decisão de princípio’ e de uma ‘ocasional tomada de posição contrária’, de uma ‘contradição do legislador constitucional consigo mesmo’ (Krüger), mas sim, quando muito, de regra e exceção”. [sublinhas do autor] BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 56-57.

¹⁵⁸ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 210-211.

¹⁵⁹ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213-214.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 102.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 102.

¹⁶² Tratava-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade em que o Governador do Estado do Rio Grande do Sul alegava a inconstitucionalidade das expressões “para que nenhuma daquelas unidades tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados” e “quatro”, constantes nos §§ 1º e 2º do art. 45 da Constituição, respectivamente. Sustentou, com base na tese de Otto Bachof e na análise de decisões judiciais alemãs, a existência de normas constitucionais inconstitucionais, ainda quando aquelas derivem do constituinte originário, por haver normas constitucionais superiores, como as cláusulas pétreas.

afastou a tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, considerando-a incompatível com o sistema de Constituição rígida, e sustentou os seguintes argumentos, constantes da ementa do acórdão:

- Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal.

- A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.

- Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, *caput*), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.

- Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.

Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.¹⁶³
[sublinhas nossas]

Em seu voto, o Ministro Moreira Alves, apoiando-se nas conclusões de Otto Bachof, alegou que, se uma norma constitucional infringir outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será contrária ao direito natural, o que implica dizer que ela será inválida. Porém, será inválida não por violar a norma positivadora de direito supralegal, como queria Bachof, e sim “por não ter o constituinte originário se submetido a esse direito suprapositivo que lhe impõe limites”. Portanto, afastando a tese de Otto Bachof, concluiu que essa violação importa questão de ilegitimidade da Constituição e não questão de inconstitucionalidade, não tendo o Supremo Tribunal Federal competência para resolvê-la, uma vez que não possui jurisdição para fiscalizar o poder constituinte originário.

¹⁶³BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 815. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 28.03.96. DJ de 10.05.96. p. 15131. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp? docTP=AC&docID=266547>> Acesso em: 18 maio 2010.

3.2 O STF E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

No sistema jurídico brasileiro não existe qualquer reserva quanto ao controle judicial de constitucionalidade das normas elaboradas pelo constituinte derivado. As emendas à Constituição podem ser inconstitucionais por violar tanto as normas que regulam seu procedimento, quanto as normas fixadoras dos limites materiais da revisão.

Quando a emenda constitucional obedece rigorosamente ao processo legislativo estabelecido pelo constituinte originário e, sobretudo, não viola o núcleo imodificável constante do §4º do art. 60 da Constituição Federal, ela inova o direito, “incorporando ao texto originário da Carta preceitos que têm a mesma natureza e hierarquia das normas precedentes”.¹⁶⁴

No entanto, pode acontecer de o constituinte derivado elaborar emenda à Constituição sem obediência às limitações formais e materiais estabelecidas no texto constitucional, abusando de seu poder condicionado e limitado de reforma. Nesse caso, a norma constitucional derivada não se compatibiliza com o Texto Fundamental, ao contrário, “foge do modelo, quebra o sistema, agride o ordenamento, compromete a harmonia, significando ato de subversão e de traição perpetrado pelo constituinte de segundo grau”. O poder de emendar não inclui a possibilidade de violar os fundamentos e os princípios da Constituição, o que chega ao extremo quando se suprime, modifica ou altera o cerne inalterável da Lei Maior. Portanto, a emenda constitucional está sujeita, sim, ao controle jurisdicional de constitucionalidade.¹⁶⁵

Há muito que o Supremo Tribunal Federal entende possível esse exame. Ainda na vigência da Constituição de 1891, no julgamento do HC nº 18.178,¹⁶⁶ admitiu a discussão sobre a validade da ampla reforma constitucional de 1925/1926 em face de decretação de estado de sítio e por não ter sido aprovada pela totalidade dos membros de cada Casa Legislativa. O STF, por maioria de votos, declarou a constitucionalidade da reforma, reconhecendo-se competente para avaliar a legitimidade de emendas à Constituição.¹⁶⁷

Nessa ocasião, firme quanto à plena legitimidade do controle do poder de revisão, o Ministro Guimarães Natal afirmou em seu voto:

¹⁶⁴ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 132.

¹⁶⁵ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 132.

¹⁶⁶ A decisão do Supremo Tribunal Federal e a íntegra dos votos do Ministro Relator Hermenegildo de Barros e dos demais Ministros que participaram da sessão de julgamento do referido *habeas corpus* estão disponíveis na Revista Forense n. 47, p. 748-827.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 211.

A Constituição não distingue nas leis as que podem das que não podem ser arguidas de inconstitucionalidade. Portanto, todas as leis, inclusive a lei da reforma constitucional que é, como todas as leis, disciplinada também, em sua elaboração, por preceitos constitucionais, que, para a sua validade, deverão ser rigorosamente observados.

No mesmo sentido, argumentou o Ministro Heitor de Souza:

Em se tratando de leis constitucionais e de países de Constituição rígida como o nosso, onde o processo de revisão é disciplinado por preceitos os mais rigorosos, mais se acentua a necessidade de armar o Poder Judiciário de autoridade para apurar se na sua iniciativa, discussão, votação e publicação foram satisfeitas as exigências da lei que só mercê da observância destas permite a revisão ou modificação do regime constitucional vigente.

Só por cegueira lamentável não se enxergará a competência clara, patente e indubitável deste Tribunal para conhecer e julgar dos vícios formais de que se pretende estar eivada a forma.

Desde então, não existe qualquer dúvida quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade de emenda constitucional, tanto do ponto de vista formal quanto do material.¹⁶⁸

Como já visto anteriormente, da mesma forma que ocorre com o controle de constitucionalidade de normas infraconstitucionais, se o controle for realizado depois de a emenda haver sido promulgada, será repressivo e jurisdicional. Pode ser feito por via incidental, na análise de um caso concreto, por qualquer juiz ou tribunal, ou pode ser efetuado o controle abstrato por meio de ação direta de inconstitucionalidade a ser julgada pelo STF.¹⁶⁹

Além disso, o Supremo Tribunal Federal já admite que o controle ocorra antes mesmo de a emenda constitucional ser votada, entendendo ser cabível mandado de segurança impetrado por parlamentar com a finalidade de atacar proposta de emenda constitucional incompatível com disposições constitucionais.¹⁷⁰

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 96.

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 212.

¹⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 211-212.

3.2.1 CONTROLE JUDICIAL PRÉVIO DE EMENDA CONSTITUCIONAL

A opinião dominante na doutrina brasileira é a de que não é possível haver controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, tanto em relação a projetos de lei, quanto em relação a propostas de emenda à Constituição. Entende-se que a ação direta de inconstitucionalidade só pode ter por objeto leis e atos normativos já editados e publicados, não sendo possível, por essa via, atacar atos em fase de discussão e votação.¹⁷¹

Não é outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se pode aferir do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na ADI nº 466/DF:

O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou – como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite – o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos *in fieri*, ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe – ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante – a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. [...] A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas – que não são normas constitucionais originárias – não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade.¹⁷²

Findo, portanto, o processo legislativo, com a aprovação da matéria e a promulgação da emenda constitucional é que a questão de inconstitucionalidade se apresenta.¹⁷³

No entanto, outra é a situação e diversa a solução quando o caso for de “uma proposta de emenda constitucional que atinja o cerne fixo, o núcleo imodificável, as chamadas cláusulas pétreas da Constituição Federal”. Isso porque o §4º do art. 60 da Lei Maior dispõe que não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a

¹⁷¹ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 158.

¹⁷² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 466. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 03.04.91. DJ de 10.05.91. p. 5929. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP= AC&docID=266369>> Acesso em: 20 maio 2010.

¹⁷³ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 158.

forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. Assim, para que a emenda seja tida por inconstitucional, basta que “viole, macule, desrespeite, ‘tenda a abolir’ o núcleo essencial e inalterável da Constituição”.¹⁷⁴

Nesse aspecto, tamanha é a rigidez constitucional, que o Texto Fundamental não admite, sequer, que se delibere sobre proposta que se incline para a supressão de qualquer das cláusulas pétreas. O preceito proibitivo alcança, portanto, o próprio processo legislativo,¹⁷⁵ sendo possível a declaração de inconstitucionalidade do projeto de emenda constitucional, antes mesmo de sua aprovação e promulgação, com a lícita intervenção do Poder Judiciário para suspender o processo.

Ainda sob a vigência da Constituição anterior, o Supremo Tribunal Federal julgou o MS 20.257/DF, impetrado pelos Senadores Itamar Franco e Antônio Mendes Canale, contra ato da Mesa do Congresso Nacional, sob a alegação de ter admitido a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente à abolição da República. Na oportunidade, depois da análise do pedido de vista, o Ministro Moreira Alves proferiu um voto inovador sobre a admissibilidade de mandado de segurança em que se ataque proposta de emenda constitucional que ofenda cláusula pétrea. Em suas palavras:

Não admito Mandado de Segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. [...]

Diversa, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do art. 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

¹⁷⁴ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 158-159.

¹⁷⁵ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 159-160.

E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para preservação dela, lhe outorga.¹⁷⁶ [sublinhas nossas]

Esse voto acabou vencedor, considerando cabível o mandado de segurança, mas indeferindo-o pela manifesta improcedência de sua fundamentação, não existindo a inconstitucionalidade alegada.

Desde então, o Supremo Tribunal Federal tem conhecido de mandados de segurança, impetrados por parlamentares, contra o simples processamento de propostas de emenda constitucional cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do §4º do art. 60 da Constituição. A Corte reconhece, portanto, a possibilidade de fiscalização, em sede judicial, da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que ultrapassem os limites impostos ao poder reformador.¹⁷⁷ Destaca-se que esta é a única hipótese de controle de constitucionalidade judicial e preventivo admitido no Direito brasileiro.

Na vigência da Constituição de 1988, o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi mantido e, atualmente, sua jurisprudência está pacificada nesse sentido.¹⁷⁸

A legitimidade para o ajuizamento do mandado de segurança é reconhecida apenas ao parlamentar federal, pois é dele o direito subjetivo de não ser convocado para participar de votação inconstitucional.¹⁷⁹ Assim entende o STF, como se depreende do julgamento do MS 24.667- AgR/DF, cuja ementa é expressa em afirmar:

Constitucional. Poder Legislativo: Atos: Controle Judicial. Mandado de Segurança. Parlamentares.

I. – O Supremo Tribunal Federal admite a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo.¹⁸⁰

¹⁷⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MS n. 20.257. Relator para acórdão: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 08.10.80. DJ de 27.02.81. p. 1304. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>> Acesso em: 20 maio 2010.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46.

¹⁷⁸ Como exemplo pode-se citar: MS 20.452/DF, Relator Ministro Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21.642/DF, Relator Ministro Celso de Mello (RDA 191/200); MS 21.648/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão (RTJ 165/540); MS 24.645/DF, Relator Ministro Celso de Mello (DJ de 15.09.03); MS 24.593, Relator Ministro Maurício Corrêa (DJ de 08.08.03); MS 24.576/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie (DJ de 12.09.03).

¹⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 211.

¹⁸⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MS n. 24.667-AgR. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 04.12.03. DJ de 23.04.04. p. 8. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373374>> Acesso em: 20 maio 2010.

Para finalizar, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não admite controle difuso preventivo de emendas constitucionais quando for alegada violação tão somente às normas regimentais do Congresso Nacional,¹⁸¹ pois a interpretação de preceitos regimentais é assunto *interna corporis*, insuscetível de análise judiciária.¹⁸² Deve-se analisar caso a caso para saber se há ou não controvérsia em torno de direito subjetivo, pois este é o fator determinante para o cabimento de mandado de segurança impetrado por parlamentar contra a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir cláusulas pétreas.

3.2.2 CONTROLE JUDICIAL POSTERIOR DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Como visto anteriormente, a emenda constitucional pode ser produzida com infringência formal ou material à Constituição e, por isso, pode ser objeto do controle jurisdicional repressivo de constitucionalidade, que pode ser exercido tanto pela via direta quanto incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal.

Como observa o Ministro Sepúlveda Pertence, tal fenômeno apresenta-se tão frequente que praticamente a cada emenda constitucional segue-se uma ação direta, em que as forças políticas vencidas no processo de elaboração da emenda suscitam perante o Supremo Tribunal Federal a violação dos limites materiais, ou mesmo formais, ao poder de reforma constitucional.¹⁸³

Na vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de apreciar duas ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais se discutiu amplamente sobre a constitucionalidade de emendas constitucionais. A primeira foi a ADI 830/DF, relativa à legitimidade da EC nº 2/92, referente à antecipação do Plebiscito previsto no art. 2º do ADCT. A segunda foi a ADI 939/DF, proposta contra norma constitucional que instituiu o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF).¹⁸⁴

No julgamento da ADI 830/DF, o STF declarou a constitucionalidade da emenda em questão e julgou improcedente a ação. Em seu voto, o Ministro Moreira Alves foi categórico em afirmar que, em face do nosso sistema constitucional, não há dúvida de que é o STF competente para examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional. Defendeu, ainda, que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é imune ao poder de reforma, afirmando:

¹⁸¹ Conforme MS 22.503, Relator Ministro Mauricio Corrêa, e MS 22.183, Relator Ministro Marco Aurélio.

¹⁸² VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 160.

¹⁸³ 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, n. 09, jan./fev./mar., 2007, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 22 maio de 2010.

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 96-97.

Para a sustentação dessa imunidade se alega não só que o processo de emenda constitucional disciplinado no artigo 60 da Constituição não se aplica ao ADCT, porquanto este é independente daquela, tendo numeração própria e sendo dotado de autonomia instrumental, mas também que, sendo o ADCT integrado por normas de exceção transitória às regras da parte permanente da Constituição, decorre da natureza mesma dessa transitoriedade a impossibilidade de vir a tornar-se perene por sucessivas alterações de prazo.

Ambas as alegações são de manifesta improcedência.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello também afirmou expressamente que não há dúvida quanto à possibilidade de as emendas à Constituição Federal virem a constituir objeto de controle de constitucionalidade. Explicou minuciosamente:

As limitações materiais explícitas, definidas no §4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, legitima o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade dos atos resultantes do processo de alteração do Texto Constitucional.

Emendas à Constituição podem, assim, incidir, também elas, no vício da inconstitucionalidade, configurado pela inobservância de limitações superiormente estabelecidas no texto constitucional por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias [...]¹⁸⁵ [sublinhas do autor]

Já no julgamento da ADI 939/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, o STF decidiu pela procedência do pedido, declarando a inconstitucionalidade da EC nº 3/93 pela violação de princípios e normas imutáveis da Constituição. Decidiu o Supremo Tribunal que “uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da CF)”.¹⁸⁶

¹⁸⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 830. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 14.04.93. DJ de 16.09.94. p. 24278. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266554>> Acesso em: 22 maio 2010.

¹⁸⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 939. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 15.12.93. DJ de 18.03.94. p. 5165. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>> Acesso em: 22 maio 2010.

Essas duas ações, que discutem a constitucionalidade de emendas constitucionais, foram umas das primeiras a serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal após a entrada em vigor da Constituição de 1988. São apenas dois dos inúmeros precedentes do STF relativos ao seu exercício de controle jurisdicional de emendas constitucionais. Portanto, ao longo da história constitucional do país, o Supremo não tem encontrado problemas para declarar a inconstitucionalidade de normas editadas pelo poder constituinte de reforma.

Como lembra o Ministro Sepúlveda Pertence, em todos esses anos de reformas constitucionais intensivas, que politicamente mudaram a cara da Constituição de 1988, gerou-se expectativa exagerada quanto ao controle da constitucionalidade das emendas constitucionais. Afirma que a Suprema Corte Americana apreciou apenas duas vezes questionamento da validade de emenda constitucional e rejeitou ambas, já o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha examinou somente três casos de grande relevo e os três deram margem a decisões notáveis. Já no Brasil, a análise do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais tem sido muito frequente na vigência da Constituição de 1988.¹⁸⁷

3.3 PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL

A presunção de constitucionalidade de emenda constitucional decorre do princípio da interpretação conforme a Constituição, que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, não sendo apenas uma simples regra interpretativa. Tal princípio se resume no fato de que “os aplicadores da Constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade”.¹⁸⁸

Os clássicos do controle de constitucionalidade sempre apontaram o princípio da presunção de constitucionalidade das leis como indispensável nas relações entre os juízes e a legislatura. Esse princípio significa que toda lei “é compatível com a Constituição e assim deve ser considerada, até judiciousa conclusão em contrário; ou, mais precisamente, que a inconstitucionalidade não pode ser presumida, antes deve ser provada, de modo cabal, irrecusável e incontroverso”.¹⁸⁹

¹⁸⁷ 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, n. 09, jan./fev./mar., 2007, p. 12. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 22 maio de 2010.

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112.

¹⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112.

Essa mesma regra da presunção de constitucionalidade vale para as emendas constitucionais, que nada mais são que leis com rito diferenciado e requisitos próprios, sujeitas inclusive a um grau maior de dificuldade para sua elaboração e aprovação, em decorrência da necessidade de se estabelecerem garantias de segurança da Constituição.

No entanto, essa presunção de constitucionalidade não pode ser excessiva a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei ou a emenda constitucional à custa da Constituição, ou contrariar o sentido da Constituição para constitucionalizar o ato normativo de qualquer forma. Afinal, em sede de controle de constitucionalidade, “os tribunais devem comportar-se como legisladores negativos, anulando as leis contrárias à Constituição, quando for o caso, e jamais como produtores de normas, ainda que essa produção se faça por via interpretativa”.¹⁹⁰

O princípio da presunção de constitucionalidade, embora de grande importância para a unidade da Constituição, não afasta a necessidade de controle de constitucionalidade jurisdicional das emendas constitucionais que afrontem as limitações formais ou materiais impostas pelo constituinte originário.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 tem como uma de suas características a rigidez, que decorre da maior dificuldade para a sua modificação do que para a alteração das demais normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Essa rigidez traz como principal consequência o princípio da supremacia da Constituição, o que significa dizer que a Lei Maior está no vértice do sistema jurídico.

A Constituição não retira o seu fundamento de validade de nenhum diploma jurídico superior, firma-se, simplesmente, pela vontade das forças determinantes da sociedade. Essa magnitude que fundamenta a validade da Constituição é conhecida como poder constituinte originário.

O texto constitucional, apesar de rígido, não é imutável, pois a imutabilidade é tese absurda que colide com a realidade da vida dinâmica, que sofre mudanças, renovações e progressos. Aceita-se, portanto, que a Constituição seja alterada pelo chamado poder constituinte derivado, ou de reforma, empregando-se os meios previstos pelo próprio poder constituinte originário, que estabelece o procedimento a ser seguido e as limitações a serem observadas. A expressão poder de reforma inclui tanto o poder de editar emendas à Constituição como o poder de revisão do texto.

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112-113.

As emendas constitucionais são previstas no corpo da Constituição como via formal de manifestação do poder de reforma e têm por objetivo possibilitar a atualização do ordenamento constitucional sempre que necessário. Pela natureza de poder constituído é inquestionável que o poder de reforma seja limitado, uma vez que é regrado por normas da própria Constituição que ditam seu procedimento e modo de agir, não podendo deles se distanciar sob pena de vício, ficando a reforma constitucional sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade.

O poder de reforma está contido em um quadro de limitações de forma, que compreendem os limites procedimentais, temporais e circunstanciais; ou de conteúdo, que restringem as matérias que podem ser objetos de reforma, são as chamadas cláusulas pétreas.

O poder de emenda à Constituição encontra seu fundamento de validade no poder constituinte originário e, por isso, está sujeito ao controle de constitucionalidade, destinado a conferir a conformidade de suas manifestações com os parâmetros de adequação ao sistema. O poder de reforma se sujeita a limites formais e materiais, os quais não podem ser descumpridos, sob pena de a emenda ser declarada inconstitucional. Importante ressaltar que tais limitações estabelecidas pelo poder constituinte originário não podem ser objeto de deliberação e modificação pelo poder de reforma, por também fazerem parte do núcleo intangível da Constituição.

Controle de constitucionalidade é um mecanismo de correção destinado a restabelecer a harmonia do ordenamento jurídico e consiste na verificação da compatibilidade entre qualquer ato normativo e a Constituição. A declaração de inconstitucionalidade é o reconhecimento da invalidade de uma norma e objetiva interromper sua eficácia.

O controle de constitucionalidade pode ser classificado quanto à natureza do órgão de controle, podendo ser controle político ou judicial; quanto ao momento de exercício do controle, podendo ser controle preventivo ou repressivo; quanto ao órgão judicial que exerce o controle, podendo ser sistema difuso ou concentrado; e, por fim, quanto à forma ou modo de controle judicial, podendo ser incidental ou abstrato.

No Brasil, desde a reforma de 1925/1926 feita à Constituição de 1891, o Supremo Tribunal Federal admite o controle jurisdicional das observâncias dos limites impostos ao poder de emenda, oportunidade em que pela primeira vez foi chamado a discutir sobre a validade de reforma constitucional. Nessa ocasião, o STF entendeu-se competente para avaliar a constitucionalidade de emendas constitucionais e, desde então, mantém-se firme no mesmo entendimento. Assim, o Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de emendas constitucionais.

Essa competência do Supremo Tribunal Federal não se estende às normas constitucionais originárias, uma vez que a tese de que há hierarquia entre elas é incompatível com o sistema de Constituições rígidas, sendo impossível a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.

Só é possível, portanto, o controle de constitucionalidade de normas constitucionais derivadas. Dessa forma, se o controle for realizado depois de a emenda haver sido promulgada, será repressivo e jurisdicional. Pode ser feito por via incidental, na análise de um caso concreto, por qualquer juiz ou tribunal, ou pode ser efetuado o controle abstrato por meio de ação direta de inconstitucionalidade a ser julgada pelo STF.

Além disso, o STF também já admite que o controle ocorra antes mesmo de a emenda constitucional entrar em vigor. No MS 20.257/DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal entendeu ser cabível mandado de segurança impetrado por parlamentar com a finalidade de atacar proposta de emenda constitucional cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do § 4º do art. 60 da Constituição. A legitimidade para impetrar o mandado de segurança é somente do parlamentar federal, pois é dele o direito subjetivo de não ser convocado a participar de votação inconstitucional.

Destaca-se que esta é a única hipótese de controle de constitucionalidade jurisdicional e preventivo admitido no direito brasileiro. O STF, portanto, reconhece a possibilidade de fiscalização, em sede judicial, da constitucionalidade de propostas de emenda que ultrapassem os limites impostos ao poder reformador.

Portanto, em relação ao controle de constitucionalidade, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal aprecia a discussão acerca da constitucionalidade de emendas constitucionais, não encontrando problemas para declarar, quando necessário, a inconstitucionalidade de normas editadas pelo poder reformador. Desde a primeira oportunidade em que o STF foi chamado a analisar a constitucionalidade de reforma constitucional, não surgiram dúvidas de que o poder reformador, sujeito às limitações impostas pelo poder constituinte originário, está sujeito à jurisdição constitucional.

Atualmente, com a grande ânsia por reformas constitucionais, diversas emendas são editadas em desconformidade com as restrições impostas pelo poder constituinte originário e, conseqüentemente, são submetidas ao controle em sede judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 466. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 03.04.91. DJ de 10.05.91. p. 5929. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>> Acesso em: 20 maio 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 815. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 28.03.96. DJ de 10.05.96. p. 15131. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>> Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 830. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 14.04.93. DJ de 16.09.94. p. 24278. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266554>> Acesso em: 22 maio 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 939. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 15.12.93. DJ de 18.03.94. p. 5165. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>> Acesso em: 22 maio 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MS n. 20.257. Relator para acórdão: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 08.10.80. DJ de 27.02.81. p. 1304. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>> Acesso em: 20 maio 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MS n. 24.667-AgR. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 04.12.03. DJ de 23.04.04. p. 8. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373374>> Acesso em: 20 maio 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. RE n. 94.414. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 13.02.85. DJ de 19.04.85. p. 05456. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=187886>> Acesso em: 03 maio 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: José Cretella Junior e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamental e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

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, n. 09, jan./fev./mar., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 22 maio de 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Limites constitucionais à competência de reforma constitucional no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 135-162.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.