A inconstitucionalidade de normas constitucionais na jurisprudência do STF

Claudio Colnago

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe ***Le Livros*** e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudíavel a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O ***Le Livros*** e seus parceiros disponibilizam conteúdo de dominio publico e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: ***lelivros.love*** ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

"Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não mais lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade poderá enfim evoluir a um novo nível."



Sumário

RESUMO

1 INTRODUÇÃO

2 A inconstitucionalidade de uma norma constitucional: revisitando otto bachof

2.1 A teoria de Bachof

2.1.1 Violação de direito constitucional escrito

2.1.2 Violação de direito constitucional não escrito

2.2 A tese de Otto Bachof e a doutrina

3 Interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: formas de inconstitucionalidade

3.1 BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE ENUNCIADO E NORMA

3.2 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

4 OS CASOS ANALISADOS

4.1 Precedentes do controle concreto de constitucionalidade

4.1.1 Habeas Corpus 18.178

4.1.2 Mandado de Segurança 20.257

4.2 ADIn 815: a expressa rejeição da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias

4.3 A inconstitucionalidade de normas constitucionais decorrentes de emenda

4.3.1 ADIn 466

4.3.2 ADIn's 829, 830 e 833

4.3.3 Questão de Ordem na ADC n° 1

4.3.4 ADIn's 926 e 939

4.3.5 ADInMC 1805

4.3.6 ADInMC 2024

4.3.7 ADIn 2.666

4.3.8 ADIn 2031

4.3.9 ADIn's 3105 e 3128

4.4 A interpretação conforme a Constituição e a Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto de Emendas à Constituição

4.4.1 ADIn 1946

5 CONCLUSÕES
REFERÊNCIAS

RESUMO

Buscou-se com este livro identificar os casos em que o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de que normas constitucionais da Carta de 1988 venham a ser consideradas inconstitucionais. Para tanto foi feito levantamento junto à doutrina especializada sobre as diferentes possibilidades de normas constitucionais inconstitucionais para fundamentar posterior análise dos acórdãos daquela Corte.

A depuração minuciosa dos acórdãos em que se ponderou acerca da possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais levou à identificação de três casos em que o STF admitiu a inconstitucionalidade integral do dispositivo impugnado, bem como um caso em que a Corte aplicou a técnica da interpretação conforme à Constituição, condicionando a constitucionalidade da norma à exegese por ele eleita como a correta.

Depois de empreendida sistematização da teoria de base e analisados os acórdãos, verificou-se que a jurisprudência do STF acolhe algumas das hipóteses por ela levantadas, rejeita expressamente outras e silencia quanto a algumas.

1 INTRODUÇÃO

O tema deste livro envolve a análise dos casos em que o Supremo Tribunal Federal ponderou acerca da possibilidade de pronúncia de inconstitucionalidade de normas decorrentes do texto da Constituição Federal de 1988[1], com especial atenção para aquelas situações em que se chegou a declarar a inconstitucionalidade de disposições integrantes do corpo formal da Lei Maior.

A inconstitucionalidade por omissão não foi objeto de nossa pesquisa, tendo em vista que, nesta modalidade de inconstitucionalidade, o desrespeito à Constituição ocorre por uma inércia do legislador infraconstitucional[2]. Em nosso caso, buscou-se analisar a inconstitucionalidade de normas presentes no mesmo texto constitucional, e não na relação vertical entre Constituição e Legislador.

Limitamos a análise na busca da resposta ao problema norteador do trabalho, aos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal até 31 de dezembro de 2004. Ações questionando normas constitucionais que tenham sido julgadas após esta data não foram objeto de nossas investigações.

O livro também se limitou à verificação de acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade em abstrato (em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn, Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC ou Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF), em razão do fortalecimento deste sistema de controle de constitucionalidade no período pós-1988, conseqüência direta da ampliação do rol de legitimados para sua provocação[3] e da necessidade de uma maior segurança jurídica na aplicação da Constituição e das leis a ela sujeitas[4].

O trabalho teve por objeto tanto acórdãos que julgaram o mérito da ação quanto aqueles que somente apreciaram a liminar, restando o julgamento do mérito pendente até o limite temporal traçado. Embora rara[5], não desconhecemos a possibilidade de que o STF altere seu posicionamento quando do julgamento do mérito e venha a cassar a liminar concedida. Porém, a relevância de um pronunciamento daquela Corte, assim como a costumeira análise do mérito quando da liminar são fatores que não poderiam ser ignorados e que nos motivaram a analisar também os provimentos liminares.

Via de regra, somente foram objeto de nossas ponderações as ações de controle concentrado que foram conhecidas, ou seja, que tiveram seus

pressupostos mínimos preenchidos. Há uma única exceção, que será devidamente justificada mais adiante.

Em nossa opinião, inúmeras razões motivam um estudo sobre os casos em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a inconstitucionalidade de normas constitucionais.

Em um primeiro momento, afigura-se de grande importância a sistematização da jurisprudência de nosso Excelso Pretório. Em uma época na qual se vive, cada vez mais, a judicialização do Direito Constitucional, em virtude da crescente concentração de poder interpretativo nas mãos das Cortes Constitucionais (fenômeno que se manifesta desde os Estados Unidos[6] até a Europa Continental – Suíça, Áustria, Alemanha, Itália, França e Espanha, como aponta Sánchez[7]), o conhecimento e o entendimento da jurisprudência constitucional acaba sendo tão importante quanto o estudo das normas constitucionais.

A justificativa, por sua vez, de se analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de que normas presentes no corpo da Constituição Federal sejam reconhecidas como constitucionalmente incompatíveis leva à indagação acerca dos limites impostos pelo próprio Guardião da Constituição à sua atividade de controle (doutrina do *self-restraint*, ou *judicial deference*[8]).

Com efeito, a concentração de poder presente, hoje, nas diversas Cortes Constitucionais do mundo, pode muito bem levar o órgão incumbido da guarda e da interpretação da Constituição a considerar que há normas constitucionais hierarquicamente superiores[9], ou mesmo normas constitucionais "supra-positivas", que levariam à inconstitucionalidade de dispositivos constitucionais "menores". Tem sido comum, na experiência constitucional estrangeira, a aplicação de normas que não estão expressamente no texto constitucional, o que levou alguns a considerar os Tribunais Constitucionais como exercentes de Poder Constituinte permanente[10].

Perquirir acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto em referência afigura-se como tarefa da mais alta importância para a definição dos parâmetros que devem orientar o intérprete constitucional e, conseqüentemente, para a própria concretização das normas constitucionais[11].

Buscou-se, assim, atingir os seguinte objetivo geral: identificar os casos em que o Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de que normas presentes no corpo da Constituição Federal de 1988 venham a ser consideradas inconstitucionais.

Como objetivos específicos, buscamos identificar, na doutrina especializada, as diferentes possibilidades de normas constitucionais inconstitucionais; analisar os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em que se ponderou acerca da possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais e contrastar tais acórdãos com a doutrina das normas constitucionais inconstitucionais, sistematizando a jurisprudência do STF em relação ao quadro teórico adotado.

Buscou-se ainda problematizar a questão no sentido de responder à seguinte pergunta: quais são os casos em que Supremo Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade de normas constitucionais presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988? Como hipótese, formulou-se a seguinte: o Supremo Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade de normas constitucionais somente nos casos em que esta inconstitucionalidade decorra de vício presente em uma Emenda à Constituição.

Quanto à metodologia[12], utilizamos o método indutivo, tendo em vista que, como nosso foco será a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição Federal de 1988, pretendemos partir dos casos julgados (particular) para a obtenção de uma conclusão (geral). Como técnicas de pesquisa, elegemos as abordagens documental (análise dos acórdãos) e bibliográfica (doutrina).

Com base neste cabedal teórico, analisamos, no período dedicado à pesquisa, 1.800 (mil e oitocentos) acórdãos, obtidos em busca no sítio de Internet do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br) a partir dos critérios “ADIn” e “inconstitucionalidade”, selecionando-se 10 que guardam pertinência com o trabalho, a saber: ADIn’s n.º 466, 829, 830, 833, 815, 939, 1.946, 2.031 e 3.105 e ADC n° 01 (Questão de Ordem). Após a leitura de tais acórdãos, verificou-se a invocação pelo STF de outros precedentes importantes, quais sejam: ADIn’s 926, 1.420, 1.497, 1.749 e 1.805, além do HC 18.178 e do MS 20.257. Estes últimos também foram objeto de nossas considerações, com exceção daqueles casos em que a ADIn restou não conhecida por causas supervenientes.

O primeiro capítulo da obra busca retomar os pressupostos teóricos de Otto Bachof, conhecido por formular a teoria segundo a qual seria possível reconhecer a inconstitucionalidade de normas constitucionais. Após contextualizá-lo e entendê-lo, partiu-se para uma visão mais ampla da doutrina acerca do tema aqui investigado, visando identificar as situações em que a inconstitucionalidade de normas constitucionais seria aceitável.

O segundo capítulo visa tratar, ainda que superficialmente, dos institutos da "interpretação conforme à Constituição" e da "declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto", traçando o entendimento geral acerca de tais institutos quando aplicados pelo Supremo Tribunal Federal. A abordagem de tais formas de "decisões interpretativas"[13] se mostrou necessária em virtude de sua aplicação pelo STF também quando da análise da constitucionalidade de normas constitucionais decorrentes de Emendas à Constituição.

O terceiro capítulo objetivou agrupar os casos relevantes encontrados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, analisando cada uma das decisões emanadas daquela Corte. Os julgados analisados foram divididos em três grupos. No primeiro, relacionaram-se importantes precedentes do STF acerca da possibilidade de controlar a constitucionalidade de normas presentes no corpo da Constituição. No segundo grupo, relacionamos os casos em que se declarou a inconstitucionalidade a inconstitucionalidade de normas constitucionais, ao passo que compuseram o terceiro grupo os acórdãos nos quais o STF procedeu a interpretação conforme à Constituição ou reconheceu a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto de normas constitucionais.

O quarto capítulo busca apresentar as conclusões a que chegamos os pesquisadores, demonstrando a resolução do problema e verificando se a hipótese de trabalho foi confirmada ou infirmada pelos julgados analisados.

2 A inconstitucionalidade de uma norma constitucional: revisitando otto bachof

A possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais aparenta, num primeiro momento, decorrer de uma formulação ilógica. Dizer que uma norma constitucional contraria o texto da própria Constituição corresponderia a afirmar que a Constituição se auto-contraria, o que violaria o princípio lógico da não-identidade, como bem apontado por Jorge Miranda[14].

Muito embora o posicionamento jurisprudencial e doutrinário de hoje aponte neste sentido, nem sempre o pensamento jurídico ocidental trilhou o mesmo caminho. Objeto de produção humana, o Direito e seu entendimento passam por mutações, conforme o contexto político, social e histórico por que passam os povos.

Exemplo marcante disso foi o posicionamento dos juristas alemães logo após a Segunda Guerra Mundial. Cientes que aquele conflito, no qual o povo alemão, comandado por líderes populistas e desrespeitosos para com a vida humana, ceifou milhões de vidas inocentes em campos de concentração, totalmente amparados pela literalidade do ordenamento jurídico, os juristas de então passaram a buscar alternativas externas à suposta perfeição formal do positivismo jurídico da época.

Um dos maiores exemplos desta mudança de atitude por parte dos juristas alemães sem dúvida foi Gustav Radbruch, que, em escrito intitulado “cinco minutos de filosofia do direito,”[15] escrito logo após a derrocada do nazi-fascismo em seu país, pondera:

> Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.[...]
>
> Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade. Há quem lhes chame direito natural e quem lhes chame direito racional. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos direitos do homem e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas.

O depoimento de Radbruch reflete uma Alemanha envergonhada de seu passado recente e, principalmente, um sentimento de impotência da classe

jurídica, que somente então percebeu que a observância da mera forma não seria suficiente para gerar normas jurídicas adequadas à tutela da conduta humana.

É neste contexto que se passam a buscar alternativas externas ao Ordenamento Jurídico, como valores que seriam comuns a toda a humanidade. Nasce daí a relação dos direitos fundamentais com um direito suprapositivo, dada a insuficiência do direito positivo em garantir as mínimas garantias humanas.

Marco do período posterior à Segunda Guerra é a obra do jurista alemão Otto Bachof, intitulada "Normas Constitucionais Inconstitucionais?".[16] Naqueles escritos, o autor analisa a fundo as várias possibilidades teóricas de reconhecimento de inconstitucionalidade de normas presentes no corpo da própria Constituição.

Dimas Salustiano da Silva[17] contextualiza a teoria de Bachof nos seguintes termos:

> O cenário que possibilitou o surgimento da teoria, ora em estudo, nos remete necessariamente, ao pós Segunda Guerra Mundial, com isso a uma Alemanha derrotada, com seu território compulsoriamente dividido, submetida ao direito de ocupação dos aliados (Estados Unidos da América, Inglaterra e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas). Sendo que na República Federal da Alemanha, mediante sua Lei Fundamental buscava-se 'refundar' um Estado Democrático e Social de Direito, sob os escombros do nazismo. Enfim, diz respeito a uma realidade, que compreende um período de transição do autoritarismo nacional-socialista para um regime de um Estado Democrático de direito, agravado pelas seqüelas de uma guerra como a de 1939-1945.

As indagações de Bachof podem ser transpostas e analisadas em face do sistema constitucional brasileiro e seu intérprete maior, o Supremo Tribunal Federal. Embora não seja comparável em termos absolutos, o Brasil teve, em seu passado recente, se não os horrores de uma guerra declarada expressamente, ao menos as agruras de uma ditadura, o que influenciou, sobremaneira, a elaboração da vigente Constituição.

Neste contexto é que buscamos a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posterior à Constituição de 1988 e seu contraste com as hipóteses de inconstitucionalidade de normas constitucionais levantadas por Otto Bachof, de forma a confirmar ou infirmar nossa hipótese.

2.1 A teoria de Bachof

Pensamos que não há forma melhor de iniciar o presente tópico senão transcrevendo a escorreita contextualização de Bachof feita por Zeno

Veloso[18]:

> *Otto Bachof*, relembre-se, foi habilitado em 1950, como docente, em Heidelburg, sendo assistente de *Walter Jellinek*. Em seguida, foi professor de direito público e por duas vezes Reitor da Universidade de Tübingen. Além disso, exerceu a magistratura, tendo sido juiz dos Tribunais Administrativos e do Tribunal Constitucional de Württemberg-Baden. Trata-se de um dos mais notáveis jusconstitucionalistas da Alemanha do pós-guerra, um dos pensadores que mais contribuíram para a reconstrução moral, jurídica e política daquele grande país, depois da insânia nazista.

Otto Bachof inicia seu livro lançando uma enorme carga de desconfiança contra o Poder Legislativo. A crença na legalidade absoluta, sem limites, levou o Legislativo Alemão a aprovar a “lei de autorização” que, segundo o autor estudado, teria desarticulado a Constituição de Weimar. Para evitar a repetição do arbítrio legislativo, advogava Bachof a necessidade de outorgar amplos poderes a um Tribunal Constitucional[19].

Desde logo, Bachof[20] demonstra admitir sem pestanejar a inconstitucionalidade de revisões constitucionais que não respeitem limites pré-estabelecidos:

> Se, porventura, apesar disso, uma semelhante alteração - conscientemente ou mesmo não intencionalmente, em conseqüência de uma errada avaliação do alcance da norma modificadora ou da declarada como imodificável - fosse aprovada e publicada na forma de uma lei de revisão da Constituição até aí 'inalterável', seria inconstitucional.

Porém, o autor em testilha vai além. Argumenta ele que as Constituições modernas passaram a acolher “preceitos supra-legais”, levando em conta um caráter eminentemente declaratório dos direitos fundamentais reconhecidos nos textos constitucionais, o que possibilitaria a existência de normas constitucionais ainda que sem suporte em texto jurídico-positivo.

Logo, o contraste das normas da Constituição com um ordenamento supra-legal decorre da própria encampação, por parte das constituições novas, dos preceitos supra-legais, "...e do carácter fluido da fronteira entre a inconstitucionalidade e a contradição com o direito natural daí decorrente"[21].

Bachof não foi o primeiro a cogitar a hipótese de inconstitucionalidade de normas constitucionais, embora tenha sido um dos primeiros que, de forma destacada, tenha sistematizado o estudo de tais hipóteses. Preocupa-se ele, ainda, em proceder um levantamento da doutrina e da jurisprudência alemãs sobre o assunto.

Assim, afirma Bachof em sua obra que, na Alemanha, o parâmetro de

controle de constitucionalidade tem sido somente a chamada “Constituição formal”, já que aquela própria Lei Fundamental induziria a este entendimento, por força do preceito segundo o qual uma lei inconstitucional é aquela que "viole a Constituição de um Estado Federado ou esta Lei Fundamental".[22] Assim, predominava na Alemanha o entendimento de que normas constitucionais não entram em conflito com outras normas constitucionais, pois todas fazem parte do mesmo documento[23], idéia conhecida entre nós como “Unidade da Constituição”.

Qualificando tal postulado como princípio, Luís Roberto Barroso[24] formula sobre ele as seguintes reflexões:

> O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá faze-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior. [...]
>
> O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou “otimização” das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas.

Em outras palavras, pensar em Unidade da Constituição equivale a eliminar a possibilidade de antinomias reais. O eventual conflito aparente entre as normas constitucionais será resolvido sempre pelo critério da especialidade, já que todas as normas constantes do documento constitucional são, via de regra, de igual hierarquia e promulgadas ao mesmo tempo.

Bachof demonstra também que dito pensamento está presente na jurisprudência, ao noticiar que o Tribunal de Dusseldorf afirmou expressamente sua incompetência para fiscalizar o trabalho da assembléia constituinte que deu origem à Constituição com os seguintes dizeres: “Para verificar se, e em que medida, a disposição do art. 131 [da Constituição alemã] contradiz princípios do Estado de Direito e é, portanto, inválida, não tem o tribunal competência".[25]

Em contraposição, porém, Bachof cita trecho de uma decisão de 1950 do Tribunal da Baviera, segundo o qual

> Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidentes de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infracção deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas[26].

Ressalta Bachof que referida decisão não escapou de críticas, citando, como

exemplo, a doutrina de Apelt, para quem não seria possível confrontar a Constituição formal com um suposto direito supra-legal, pois "...parte-se da idéia de que o legislador constitucional é autônomo no estabelecimento do sistema de valores da Constituição, com o que se repudia a existência daquele direito"[27].

Destaca-se, ademais, que o referido Apelt detinha posicionamento em muito similar com o de Carl Schmitt[28] acerca de quem deva ser o efetivo guardião das normas constitucionais. Note-se a seguinte passagem, referida por Bachof, na qual se invoca a primazia do Parlamento para efetuar o controle de constitucionalidade:

> Não pode ser missão da jurisdição chamar a si o direito de legislação constitucional, isto é, o direito supremo conferido ao poder legislativo e ao povo no seu conjunto da república democrática; responsável pelo sistema de valores sobre o qual se ergue uma Constituição, e pelo qual têm de aferir-se a sua bondade e a sua valia, é o povo todo e não um tribunal de nove homens. Nem só a jurisdição pode ser guarda da Constituição: guarda da Constituição também o é o Parlamento (*Landtag*)[29].

Por outro lado, existiam doutrinadores que faziam oposição ao pensamento de Apelt, como é exemplo a doutrina de Grewe, que defendia a possibilidade de controle das normas constitucionais com base em normas a ela anteriores e que a fundamentaram. Vejamos trecho de sua fala, conforme citado por Bachof[30]:

> ...o acto de nascimento da Constituição encontra uma barreira à sua eficácia em determinados princípios jurídicos intangíveis, que tanto justificam como limitam o acto constituinte ("legitimidade da actuação constituinte"); por outro lado, o acto de nascimento da Constituição, sempre que não esteja perante uma decisão constituinte puramente revolucionária, tem de observar as regras processuais estabelecidas em leis 'pré-constitucionais' para o acto de legislação constitucional ('legalidade da actuação constituinte').

Para Bachof[31], "...a competência de controlo de um tribunal constitucional relativa à 'constitucionalidade das leis' abrange também a faculdade de controlo, nela incluída, relativa à 'constitucionalidade da Constituição".

Adverte o autor, porém, acerca do perigo de seguir determinados "princípios constitucionais imutáveis":

> ...uma tal concepção jusnaturalista do carácter da jurisdição constitucional 'contém dinamite' e gera forçosamente um movimento contrário à independência judicial, pois que, de harmonia com ela, o juiz pode orientar-se pelas directivas de uma justiça perpétua, contrapondo-se à decisões democráticas do Parlamento.[32]

Fundamental para compreender a doutrina de Bachof é considerar a distinção realizada por ele entre “constituição formal” e “constituição material”.

A primeira recebe tal qualificação em função de aspectos formais, como particularidades do processo de formação e maior dificuldade de alteração. Já a segunda consiste no "... conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado"[33].

Pode haver normas materialmente constitucionais fora da Constituição formal, ao passo que nem todas as normas formalmente constitucionais poderão ser consideradas como materialmente constitucionais. As normas presentes no corpo formal da Constituição mas não consideradas materialmente constitucionais seriam resultado do casuísmo e de "considerações táticas dos grupos políticos", no intuito de resguardar determinadas disposições normativas ao abriga-las no corpo formal da Lei Maior.

Todavia, a distinção acima assume relevo ao se notar que, para o estudioso alemão, a obrigatoriedade da Constituição somente existirá se o legislador se pautar pelos "mandamentos cardeais da lei moral"[34], ou não negá-los conscientemente. Bachof afirma então que "...o conceito material de Constituição exige que se tome em consideração o direito supralegal"[35].

Resta claro do pensamento do autor analisado que a Constituição Material sobrepuja e subordina a Constituição Formal, que poderá ser considerada “inconstitucional” na medida em que contrariar os preceitos suprapositivos. Todavia, esta não é a única causa geradora da eventual inconstitucionalidade da norma constitucional formal, pois como afirma Bachof, "Também uma norma *constitucional* pode ser 'inconstitucional' por violação do direito constitucional escrito (formal)”.[36]

Compreendida a fundamental distinção feita por Bachof entre Constituição Material e Constituição Formal, busca-se agora entender as várias espécies de inconstitucionalidade de normas constitucionais por ele estudadas. Registre-se que Bachof não entende que todos os casos analisados importem necessariamente em inconstitucionalidade, como se verá a seguir.

2.1.1 Violação de direito constitucional escrito

Ao traçar a dualidade entre “Constituição Material” e “Constituição Formal”, a Bachof não passou despercebida a possibilidade de que a última estivesse alinhada com a primeira:

> Naturalmente, pode também a norma constitucional *formal* conter ao mesmo tempo – e até mesmo em regra conterá – um preceito constitucional *material*, de maneira que poderíamos além disso distinguir entre infracção de uma norma constitucional *simultaneamente* formal *e* material[37].

Assim, a violação a uma norma formalmente constitucional que estivesse de acordo com a Constituição Material seria algo como uma "dupla inconstitucionalidade".

Imagine, por exemplo, que a Constituição Originária de determinado país, ao mesmo tempo em que garantisse a dignidade da pessoa humana, estabelecesse o dever de todos os cidadãos em amputarem determinada parte do corpo ao completarem 18 anos de idade, como forma de homenagear a Revolução que culminou naquele documento constitucional formal.

Ambas as normas seriam formalmente constitucionais, embora a segunda seja constitucional só na forma e a primeira o seja também na substância. Nesta hipótese, a doutrina de Bachof consideraria a segunda norma *inconstitucional*, por violar a Constituição material. O fenômeno, todavia, desperta pouco interesse prático, como salientou o próprio Bachof:

> Podemos, todavia, prescindir aqui desta distinção, pois, para a invalidade de uma norma jurídica em conseqüência da infracção de uma norma constitucional formal, nada importa saber se e até onde esta norma constitucional representa ao mesmo tempo direito constitucional material. Basta, por isso, distinguir entre inconstitucionalidade em conseqüência da violação de direito constitucional *formal* (embora, na maior parte dos casos, este seja simultaneamente material) e em conseqüência da violação de direito constitucional *unicamente material*.[38]

Tenha-se em mente, então, que quando Bachof alude à inconstitucionalidade de normas constitucionais pela violação da "Constituição escrita", está ele a se referir a violações de direito constitucional *exclusivamente formal*. Vejamos, a seguir, a sistematização implementada pelo autor, no que diz respeito a esta inconstitucionalidade específica.

2.1.1.1 Normas constitucionais ilegais

Ao aludir a "normas constitucionais ilegais" Bachof não pretende caracterizar normas constitucionais que tenham violado leis propriamente ditas (até porque tal atitude importaria em inversão da hierarquia normativa), mas sim aludir à situação em que as normas de uma Constituição não obedeceram aos requisitos de validade impostos anteriormente à sua formação.

Logo, "...também questões de legalidade podem assumir significado, tanto relativamente à Constituição no seu conjunto, como relativamente a normas

constitucionais singulares”[39].

De forma globalmente considerada, uma Constituição inteira careceria de validade no caso de ter sido condicionada sua entrada em vigor à ratificação popular e, todavia, ter-se dado vigência ao documento sem a consulta da população[40]. Disposição semelhante consta, por exemplo, da Constituição dos Estados Unidos da América, segundo a qual “...a ratificação, por parte das convenções de nove Estados, será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado”.[41]

Mas a “ilegalidade da norma constitucional” pode ocorrer de forma isolada também, “...se é apenas esta norma que não corresponde aos requisitos postos pela Constituição, como, por exemplo, a ratificação através dum plebiscito”[42]. É o que ocorreria, por exemplo, se determinados artigos de uma Constituição não fossem votados, mas, mesmo assim, incluídos no texto final promulgado.

Debates sobre este assunto chegaram a ser travados no meio jurídico brasileiro depois de matéria publicada pelo jornal “O Globo” no dia 7 de outubro de 2003[43], intitulada “Constituição Cidadã: avanços e revelações”:

> Constituição brasileira tem artigos que nunca foram votados. Esta é a principal revelação que o ministro do Supremo Tribunal Federal Nélson Jobim fará em livro que começa a escrever a partir de amanhã. A obra vai romper um silêncio de 15 anos, fruto de um pacto entre Jobim, um dos relatores do texto constitucional, e o deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte. O prazo termina à meia-noite de hoje.
>
> Um dos trechos incluídos na Constituição sem votação é o artigo 2º, que estabelece o princípio da separação dos poderes:
>
> "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".
>
> Jobim conta que, concluídas as votações da Carta, criou-se uma comissão que cuidou de checar a correção gramatical do texto e organizá-lo para a votação da redação final, que seria apenas simbólica. Um dos constituintes acompanhava o trabalho e notou a falha. Procurou Jobim: "E agora, o que fazemos?". "Vamos incluir, não tem outro jeito", respondeu Jobim, então deputado pelo PMDB gaúcho.

Embora tal inclusão haja sido negada posteriormente[44], a notícia causou perplexidade no meio jurídico e político nacional, fomentando o debate sobre a constitucionalidade ou não de dispositivos “enxertados” na Carta de tal maneira. Tudo depende, porém, de questões de fato que fogem ao objeto de nosso trabalho.

Prosseguindo com Bachof, também poderá haver a inconstitucionalidade da

norma constitucional nos casos em que não há solução de continuidade formal entre duas Ordens Constitucionais distintas, ou seja, naquelas situações em que a Constituição pretérita previa ou passou a prever o meio de criação da Constituição nova. Assim, "...pode a legalidade de uma norma da Constituição assumir ainda significado quando o processo constituinte tiver sido estabelecido por leis 'pré-constitucionais': a observância deste processo será, então, condição da validade"[45].

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 é produto da Assembléia Nacional Constituinte convocada pela Emenda Constitucional de n° 26 à Constituição de 1967[46].

Referida emenda traçava alguns contornos do trabalho da Constituinte, a saber: composição pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; deliberação unicameral na sede do Congresso; início dos trabalhos em 1° de fevereiro de 1987; instalação pelo presidente do STF, que também dirigiria a eleição do presidente da Constituinte; promulgação após aprovação em dois turnos de discussão e votação pela maioria absoluta de seus membros.

Assim, caso qualquer desses requisitos fosse inobservado, estaria a Constituinte transbordando dos limites de sua competência procedimental. Porém, questões ligadas ao momento sócio-político de então (transição de uma ditadura militar para uma democracia representativa) tornaram pouco factível a possibilidade de se invalidar o trabalho do Constituinte por eventual violação da EC 26/85.

Com efeito, o reconhecimento da Constituição Federal de 1988 como originária é prova desta proposição, muito embora existam vozes no Supremo Tribunal Federal que tenham levantado novamente a discussão, como se depreende de transcrição de trechos de diálogo entre Ministros daquela Corte quando da primeira sessão de julgamento da ADIn 3.105, em 26.05.2004:

> O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE): Srs. Ministros, tenho dificuldade em utilizar as denominações de poder constituinte originário e poder constituinte derivado, considerando a história política do país. Elas vieram exatamente da Europa, onde se tinham rupturas reais no processo político. No Brasil, sempre tivemos processo de superação do regime anterior que, dentro do regime antigo, acaba sendo superado.
>
> Na instalação da Assembléia Constituinte de 87, os Constituintes de 87, da qual tive a honra de participar, receberam a sua legitimação dos Constituintes derivados que votaram a Emenda Constitucional n° 16. Esse problema eu colocaria.
>
> O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sr. Presidente, o golpe foi a Emenda

Constitucional n° 26.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: A Emenda Constitucional n° 26 convocou...

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE): Não creio. Quero deixar bem claro que quem votou a emenda constitucional que convocou a Assembléia Constituinte foram os deputados e senadores eleitos em 1982, junto com os senadores eleitos em 1978. E também, historicamente, deve ser posto que a doutrina brasileira desconhece isso, pois, na verdade, o que temos na discussão desses temas normalmente é a ocultação do processo histórico real.

Por isso, registro que concordo, mas tenho dificuldade de utilizar, no processo histórico brasileiro, a pureza dessas categorias. Essas categorias, no processo histórico brasileiro, têm de ser lidas com **granun salis**.

Encerra-se este tópico com a ponderação de Bachof[47], no sentido de que

...uma norma constitucional só poderá ser considerada como inválida ou inconstitucional, em virtude de infracção de semelhantes disposições processuais, se e enquanto os titulares do poder constituinte continuarem a reconhecer essas leis como obrigatórias, e estas últimas, portanto, forem ainda, elas próprias, direito constitucional vigente.

Em suma: ainda que a Constituição anterior passasse a prever a forma de elaboração da Constituição nova, eventual infração ao processo previamente estabelecido somente resultaria na inconstitucionalidade da nova Carta se fosse ainda reconhecida a vinculação com a Ordem passada, o que tende a não acontecer em razão da necessária soberania que comumente se outorga a uma Assembléia Constituinte.

2.1.1.2 Alteração da Constituição

Bachof também defendia que uma lei de alteração do texto constitucional poderia ser inconstitucional, se contrariasse o procedimento previsto para a reforma ou se contrariasse disposições de forma contrária à “declaração de imodificabilidade” eventualmente presente no texto constitucional.

Considera Bachof, porém, que uma reforma da Constituição efetivada sem o respeito aos limites formais ou materiais poderia ser, na verdade, a manifestação de um Poder Constituinte. E isto ocorreria se não fossem levantadas dúvidas acerca da constitucionalidade da reforma:

Ora, se uma alteração da Constituição, apesar de sua ‘inconstitucionalidade’ (formal ou material), se impõe, se o direito assim produzido adquire, portanto, positividade, e se também à sua obrigatoriedade se não levantam dúvidas provenientes da infracção de direito suprapositivo, então o novo direito ter-se-á tornado, ele próprio, direito constitucional vigente. Já não se trata, neste caso, de uma *revisão*, mas de uma *remoção* (eventualmente só parcial) da Constituição que até aí existia; já se não trata de um acto, regulado pela lei constitucional e, portanto, fundamentalmente limitado, do *pouvoir constitué*, mas de

um acto originário do *pouvoir constituant*, ainda que porventura praticado externamente sob a forma de uma revisão constitucional regulamentada[48].

Não podemos deixar de criticar referido entendimento, já que autoriza a total desconsideração aos limites de reforma constitucional pela mera não provocação do controle de constitucionalidade pelos órgãos legitimados ou pelas pessoas interessadas.

Com efeito, não há como se sustentar um ato inconstitucional como manifestação "parcial" de Poder Constituinte originário, já que este visa instituir uma nova ordem constitucional, e não somente reformar a anterior. Pressupõe-se, então, a confecção de uma nova Constituição, e não somente a alteração de uma anterior.

Guardada a reserva no que tange à possibilidade ora criticada, mostra-se dotada de plena plausibilidade a possibilidade de que uma lei de revisão/reforma constitucional possa ser considerada inconstitucional, quando transbordar dos limites previstos na própria Constituição.

Todavia, tal questão não é assim tão pacífica nas diferentes Cortes Constitucionais. Segundo Jerre Williams, a Suprema Corte Americana considera, por exemplo, que não lhe compete verificar a validade do procedimento de Emenda à Constituição[49], haja vista se tratar de questão eminentemente política, a ser resolvida pelo Congresso daquele país[50].

Por outro lado, A Suprema Corte de Justiça do México somente passou a admitir o controle da constitucionalidade da reforma constitucional no ano de 1997. Até então, permanecia o entendimento acerca da impossibilidade de tal procedimento[51].

A doutrina brasileira, de uma maneira geral, acompanha Bachof neste pormenor, ao enunciar os chamados limites materiais, formais e circunstanciais à competência reformadora. A posição do Supremo Tribunal Federal será analisada mais à frente, em capítulo próprio.

2.1.1.3 Contradição com normas constitucionais de grau superior

Para ponderar acerca da possibilidade de que uma norma presente no corpo da Constituição seja considerada inconstitucional, pressupõe Bachof a possibilidade de que seja feita uma hierarquização entre as normas constitucionais. É relevante ressaltar que as normas que sejam constitucionais

tanto em sentido formal como em sentido material, ou seja, as normas presentes no corpo constitucional e que incorporam preceitos de “direito suprapositivo”, estão previamente excluídas de tal análise:

> Deverá ainda, além disso, excluir-se aqui a hipótese de a norma de grau superior conter uma positivação de direito supralegal, de tal maneira que a não obrigatoriedade da norma de grau inferior pudesse advir de uma infracção deste direito supralegal[52].

Assim, a análise de Bachof neste pormenor pressupõe duas normas formalmente constitucionais e não materialmente constitucionais que entrem em conflito, a ser solucionado com a pronúncia da inconstitucionalidade de uma delas, inferior que seria em relação à outra.

Favorável a tal tese seria o professor alemão Krüger[53], para quem a norma transitória prevista no 3° período do artigo 131[54] da Constituição Alemã de 1949, a qual trazia uma vedação ao exercício do direito de ação até que sobreviesse lei federal sobre a matéria (podendo ser excepcionada por lei estadual) seria incompatível com a liberdade de acesso ao Judiciário[55], constante do artigo 19, 4° período[56] da mesma Carta.

Bachof, porém, é contrário a tal posicionamento, já que, dentro da perspectiva das normas formalmente constitucionais, sustenta ele que o Legislador Constituinte deve possuir a liberdade de criar exceções a determinadas normas constitucionais.

> Enquanto o legislador constituinte actua autonomamente, estabelecendo normas jurídicas que não representam simples transformação positivante de direito supralegal, mas a expressão da livre decisão de vontade do *pouvoir constituant*, pode ele, justamente por força desta sua autonomia, consentir também excepções ao direito assim estabelecido.[...]
>
> No facto de o legislador constituinte se decidir por uma determinada regulamentação tem de ver-se a declaração autêntica, ou de que ele considera essa regulamentação como estando em concordância com os princípios *basilares* da Constituição, ou de que, em desvio a estes princípios, a admitiu conscientemente como excepção aos mesmos. [...]
>
> ... no caso de contradição aparente entre um princípio constitucional e uma norma singular da Constituição, tal vontade só pode em princípio ser entendida ou no sentido de que o legislador constituinte quis admitir essa norma singular como excepção à regra, ou no de que negou, pura e simplesmente, a existência de semelhante contradição.[57]

Logo, dentro da teoria de Bachof não há espaço para se falar em inconstitucionalidade de normas formalmente constitucionais por contrariedade com outras normas também formalmente constitucionais. Nesta situação,

entende-se que o Legislador Constituinte tem liberdade de manipulação do texto, podendo criar exceções às cláusulas normativas gerais.

2.1.1.4 Mudança de natureza, ou cessação de vigência sem disposição expressa, da norma constitucional.

Sob esta denominação Bachof analisa outra argumentação de Krüger, também envolvendo o já citado artigo 131 da Lei Fundamental de Bonn, norma transitória que remetia à lei federal a regulamentação da condição jurídica dos servidores públicos ou titulares de direitos a pensões e outras prestações sociais que tivessem sido prejudicados pelo regime Nazista[58].

Segundo defendia Krüger[59],

> ....só a mudança de natureza do art. 131- ou seja: a transformação de uma norma transitória numa norma permanente -, a operar-se depois do decurso de um período transitório adequado, representará uma 'inconstitucionalidade': sendo assim, só ulteriormente, por conseguinte, a norma viria a tornar-se inconstitucional.

É interessante constatar que o artigo 8° do ADCT[60] da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui disposição muito semelhante, criada como forma de compensar os abusos da Ditadura Militar finda em 1988.

Porém, ao contrário do ocorrido no regime alemão, o dispositivo transitório brasileiro só demandou a edição de lei para regrar a reparação devida aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, “em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5”, assinalando ainda que tal lei deveria entrar em vigor “no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”.

Por outro lado, a discussão em torno da norma brasileira centra-se nas formas de driblar as omissões inconstitucionais[61]. Já a norma da Constituição alemã recebe abordagem diferente por Krüger, para quem a não regulamentação do dispositivo constitucional em prazo razoável geraria sua inconstitucionalidade por mudança de natureza: de norma transitória, passaria a norma constitucional à condição de permanente, o que seria contrário à vontade do constituinte[62].

Bachof prefere falar não em inconstitucionalidade, mas em "cessação de vigência".[63] Em outras palavras: a necessidade de edição de lei para o

exercício de algum direito constitucional, ou mesmo algum obstáculo que somente seria ultrapassado com a edição de lei (caso do art. 131 da Constituição alemã) cairia por terra se ela não fosse editada em prazo razoável[64].

Complementa Bachof que restrições como as presentes no art. 131 da Constituição Alemã somente se justificariam se estivessem presentes os pressupostos de fato que levaram o Constituinte a criá-las. Tal cessação de vigência ocorreria quando tivessem "... desaparecido os pressupostos tidos pelo legislador como naturais, ou de findar a situação de excepção para obviar à qual a norma foi estabelecida".[65] Embora permaneçam formalmente no corpo da Constituição, normas deste jaez seriam consideradas normas "que se tornaram inconstitucionais".[66]

É interessante verificar que há um caso no direito brasileiro em que se dá exatamente o que Krüger, citado por Bachof, ponderava, ou seja: norma constitucional que era originariamente transitória acaba sendo prorrogada e ampliada. Trata-se do parcelamento de precatórios, instituído no art. 78 do ADCT[67] pelo artigo 2° da EC 30/01, que veio a prorrogar norma constitucional transitória prevista no art. 33 do ADCT[68].

Ao instituir nova possibilidade de parcelar os pagamentos do Poder Público em razão de sentenças judiciais condenatórias transitadas em julgado em até 10 anos, tratou o Congresso Nacional, no exercício de competência reformadora, de resgatar norma transitória já exaurida (artigo 33 do ADCT), transformando o que era transitório por vontade do Poder Constituinte, em permanente.

Duas ADIn’s foram ajuizadas em face do artigo 2° da EC 30/01, que pretendeu tornar permanente norma transitória da Constituição. Foram elas as ADIn’s 2362 e 2356, provocadas, respectivamente, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pela Confederação Nacional da Indústria (CNI). Em nenhum trecho das respectivas petições iniciais, porém, alega-se vício de inconstitucionalidade da citada emenda por “mudança de natureza” da norma constitucional[69].

Dentro do período temporal em que nos propusemos a empreender nossa pesquisa, as ADIn’s citadas ainda não haviam sido julgadas em sua totalidade, ou sequer apreciado em sua integralidade o pedido de liminar, o que não nos impede, porém, de tecer alguns comentários de índole informativa em relação à questão.

Em sessão de julgamento de 18/02/2002 presidida pelo Ministro Marco Aurélio, o Relator, Ministro Celso de Mello, proferiu voto deferindo a liminar nos termos em que requerida, no que sucedeu pedido de vista da Ministra Ellen Gracie Northfleet.

A questão somente voltou a ser apreciada em 02.09.2004, em sessão presidida pelo Ministro Nelson Jobim, na qual a Ministra Ellen Gracie proferiu voto[70] deferindo parcialmente a liminar, suspendendo a eficácia somente da expressão "e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999", contida no caput do artigo 78 do ADCT, no que se seguiu a votos dos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa Gomes negando a liminar[71].

O Ministro Carlos Ayres Britto[72], que também votou, acompanhou o relator e deferiu a liminar em sua integralidade, ao passo que o Ministro Gilmar Mendes já se declarara previamente impedido, por ter atuado no feito como Advogado Geral da União. Seguiu-se, então, pedido de vista do Ministro Cezar Peluso, que não levou os processos a julgamento até o dia 31/12/2004.

2.1.1.5 Infração a direito supra-legal positivado na Constituição

Nas situações em que, ao contrário do exposto no tópico 2.1.1.3 anterior, a contradição entre normas constitucionais que tenha por objeto uma norma que incorpora direito "suprapositivo" (norma esta que será, na acepção aqui trabalhada, constitucional tanto material quanto formalmente) e outra que não o faz (norma formalmente constitucional), deve haver, na opinião de Bachof, prevalência da primeira[73].

E assim ocorre porque:

> O direito constitucional supralegal positivado precede, em virtude de seu caráter incondicional, o direito constitucional que é apenas direito positivo, razão por que aqui - mas também só aqui - a ponderação da importância de normas constitucionais diferentes, em confronto umas com as outras, preconizada por Krüger e Giese, se mostra justificada[74].

Tal justificação ocorreria porque, em tais casos, falta ao constituinte “...a autonomia da criação de direito, que permite ao poder constituinte abrir brechas, através de excepções à regra, nas normas autonomamente estabelecidas” de forma que a estatuição, no texto formal, de determinadas normas “supra-positivas” significará “...não a criação de normas jurídicas novas, mas apenas um reconhecimento de direito pré-constitucional"[75].

Destaca-se, para finalizar a análise relativa a este tópico, que Bachof não trata do problema acerca da possível contradição entre duas normas constitucionais que incorporem "direito supralegal", o que não é de todo impossível de acontecer[76]. Por outro lado, uma saída possível seria considerar que o problema não ocorre no plano abstrato, e sim no plano concreto, de forma a caracterizar a situação não como uma inconstitucionalidade, mas como um conflito de princípios, a ser resolvido mediante ponderação.[77]

2.1.2 Violação de direito constitucional não escrito

Sob este tópico, Bachof analisa a possibilidade de que normas presentes no corpo da Constituição sejam consideradas inconstitucionais por violação de normas materialmente constitucionais e não positivadas na Constituição Formal.

Destinatária certa de inúmeras críticas por parte da doutrina, a idéia de um “direito suprapositivo” ou "supraconstitucional" não nos parece tão absurda quanto se possa pensar. Em muitas situações no constitucionalismo mundial, certos direitos são reconhecidos como constitucionais independentemente de previsão expressa.

Neste sentido, cumpre lembrar que a Suprema Corte Americana admitiu esta possibilidade durante a presidência do Juiz Warren (“Corte Warren”), como aponta Sérgio Moro:

> Essa Corte admitiu a possibilidade de reconhecimento de direitos não-enumerados na Constituição norte-americana, seja com base na Nona Emenda da Constituição, seja com base nas normas do *due process of law* e da *equal protection of law*, ou, ainda, com base em interpretação construtiva de prescrições constitucionais específicas.

Canotilho[78] também confere sólida justificação teórica para a possibilidade de reconhecimento de normas “não escritas”:

> A “abertura” do *corpus* constitucional a regras constitucionais não escritas – quer as derivadas de uma formação/institucionalização consuetudinária quer as derivadas de interpretação do texto constitucional – aponta para uma outra idéia importante. É esta: o direito constitucional é um “direito vivo”, é um “direito em acção” e não apenas um “direito nos livros”. Precisamente por isso, existe um direito constitucional não escrito que embora tenha na constituição escrita os fundamentos e limites, completa, desenvolve, vivifica o direito constitucional escrito.

Ademais, a cláusula segundo a qual a enumeração constitucional de direitos fundamentais não exclui o reconhecimento de outros direitos ali não previstos e que sejam decorrentes de tratados internacionais ou de outras práticas governamentais nada mais é que o reconhecimento da possibilidade de que

existam normas constitucionais fora do texto formal da Constituição. Trata-se, na verdade, do reconhecimento de que norma jurídica e texto legal não se confundem, idéia que será mais bem explanada no 3° capítulo deste relatório, quando abordarmos a Interpretação Conforme à Constituição.

Com tais considerações em mente, vejamos as hipóteses analisadas por Bachof nas quais é possível haver inconstitucionalidade de normas constitucionais por violação a normas não escritas no texto constitucional formal, ou seja, normas constitucionais materiais.

2.1.2.1 Infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição.

Cremos que a idéia buscada por Bachof ao vislumbrar a hipótese ora comentada seria melhor captada caso a expressão “não escritos” venha entre parêntesis, ou mesmo seja excluída, haja vista que a referência ao fato de não estarem eles escritos se presume pela própria localização do tópico no livro de Bachof (como espécie de violação de direito constitucional não escrito). Trata-se de *princípios constitutivos do sentido da Constituição*, não escritos.

Bachof não esclarece muito bem o que viriam a ser os "princípios constitutivos do sentido da Constituição". Busca ele exemplificá-los, citando o que E.V. Hippel nomina de “princípios constitutivos menos patentes do sentido da Constituição”. Referido autor inclui em tal categoria "...a máxima do comportamento não prejudicial à Federação"[79], em um Estado Federal.

Bachof exemplifica o pensamento acerca dos “princípios constitutivos do sentido de Constituição, não escritos”, com a seguinte passagem:

> Uma lei de alteração da Constituição, emitida ao abrigo do art. 79, n° 1[80], da Lei Fundamental, poderia, por conseguinte, ser inconstitucional por eventual infracção de um princípio constitutivo da República Federal insusceptível de ser por ela (por essa lei) modificado.
>
> Assim, não seria só inconstitucional, em virtude da proibição expressa do art. 79, n. 3[81], da Lei Fundamental, uma lei que viesse alterar a articulação da Federação em Estados federados, substituindo-a por uma estrutura estadual unitária: também o seria, ao invés, uma lei que, através de uma redução desmedida, em favor dos Estados federados, das competências da federação, pusesse em perigo a coesão e a capacidade de actuação desta última, pois que tal lei estaria a infringir um princípio constitutivo não escrito, anterior a todas as regras singulares, segundo o qual a República Federal está dirigida à conservação da unidade alemã[82].

Basicamente, o que Bachof defende é que o texto constitucional não deve

ser entendido de forma literal. Assim, ao se enunciar que “A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social”, haverá inconstitucionalidade de norma revisora não somente quando o mero **nome** “federação” seja abolido do texto constitucional, mas quando sua essência seja aviltada.

Por tais motivos é que Hippel, citado por Bachof, nomina o fenômeno como “princípios menos patentes”: parafraseando Eros Grau[83], não basta ser alfabetizado para verificar a essência e o alcance de uma norma constitucional. É preciso conhecer a fundo os institutos jurídicos e empreender interpretação das mais variadas formas para que seja possível delimitar seus contornos das normas constitucionais.

Busca-se, assim, desvencilhar-se da interpretação meramente literal da norma constitucional, conferindo alcance muito maior ao texto constitucional, de forma a possibilitar que sejam consideradas como alcançadas por determinado dispositivo normativo situações que, numa interpretação restritiva e limitada, dele estariam excluídas. Algo como um “direito pressuposto[84]”, o que nos traz à memória a célebre argumentação de Luis Recaséns Siches, reproduzida por Celso Antônio Bandeira de Mello[85]:

> Na plataforma de embarque de uma estação ferroviária da Polônia havia um letreiro que transcrevia um artigo do regulamento ferroviário cujo texto rezava: “É proibido passar à plataforma com cachorros”. Ocorreu certa vez que alguém ia penetrar na plataforma acompanhado de um urso. O funcionário que vigiava a porta lhe impediu o acesso. A pessoa que se fazia acompanhar do urso protestou dizendo que aquele artigo do regulamento somente proibida ingressar na plataforma com cachorros, não porém com outra espécie de animais; deste modo surgiu um conflito jurídico centrado em torno da interpretação daquele artigo do regulamento.

Logo, a situação analisada por Bachof não contém uma autonomia que justifique seu tratamento de forma distinta da conferida às normas de revisão constitucional que não tenham seguido os limites de reforma[86].

2.1.2.2 Infração de direito constitucional consuetudinário

Otto Bachof insere o chamado “direito consuetudinário”[87] no âmbito do “direito constitucional não escrito”, admitindo a inconstitucionalidade de uma norma pela infração a tal direito. “Todavia, em relação a normas da *Constituição* esta possibilidade praticamente não se verifica”.[88]

O que Bachof admite é que o direito consuetudinário venha a alterar a

Constituição, o que, todavia, seria dificultado pela exigência constitucional de lei específica para a revisão do texto constitucional (art. 79, n° 1 da Lei Fundamental Alemã):

> O direito consuetudinário também pode, no entanto, afastar o direito constitucional escrito. É certo que a isso parece opor-se – em todo o caso, no tocante ao direito federal – o art. 79, n° 1, da Lei Fundamental: na verdade, se uma alteração da Constituição só pode ser levada a cabo através de uma lei formal que altere o *texto* da Constituição, encontra-se então aparentemente excluída toda e qualquer possibilidade de alterar a Constituição através de direito consuetudinário.[89]

Porém, não ignora ele que esta exigência de lei para a alteração da Constituição não impede "...uma mudança gradual do conteúdo do sentido das normas"[90], ou seja, uma mudança do significado do texto de acordo com o momento histórico, fenômeno também conhecido como "Mutação Constitucional".

Da leitura do texto em tela, verifica-se que Bachof não admite a possibilidade de que normas constitucionais venham a ser consideradas inconstitucionais por violação a um "Direito Constitucional Consuetudinário".

2.1.2.3 Infração de direito supralegal não positivado

A afirmação com a qual Bachof abre este tópico em sua obra pode causar espanto na grande maioria dos operadores do direito que simplesmente ouviram falar de sua obra: "É susceptível de dúvida o saber se também pode incluir-se na 'Constituição' (não escrita) direito *supralegal* que *não* foi positivado através de sua transformação em direito constitucional escrito".[91]

Assim, Otto Bachof inicia sua exposição demonstrando claramente que a possibilidade de que uma norma constitucional seja considerada como "inconstitucional" por violar preceitos de direito supra-legal que não possuem suporte textual é cercada de problemas teóricos, da mesma forma que o reconhecimento de normas superiores que não possuam uma "positivação".

O problema teórico, porém, assume menores proporções em razão da larga positivação de preceitos supralegais empreendida pela Constituição alemã, afirma Bachof.[92]

Segundo o autor alemão, vários aspectos apontam no sentido da supremacia da Constituição Material sobre a formal. Para Bachof, o direito supra-legal é pressuposto de qualquer ordem constitucional que tenha pretensões vinculativas.

Este primeiro argumento se complementa com o segundo, que confere grande importância ao reconhecimento formal do direito supra-positivo. Tal reconhecimento não pode ser incompleto, "...mas abranger necessariamente *todo* o direito supralegal"[93].

Logo, seria pressuposto de qualquer Constituição "que queira ser vinculativa" o reconhecimento de uma gama de direitos fundamentais ("supralegais"), acompanhada de uma "cláusula de abertura", nos moldes da previsão do § 2° do artigo 5° da Constituição Brasileira[94].

Bachof conclui asseverando que

> mais importante do que a incorporação terminológica do direito supralegal é, porém, de novo, o facto de uma norma constitucional que infrinja tal direito não poder reivindicar nenhuma obrigatoriedade jurídica, independentemente da questão de saber se e em que medida o direito supralegal violado foi transformado em direito constitucional escrito[95].

Embora dela não faça parte, assume relevo, dentro da argumentação de Bachof, a consideração da norma prevista no artigo 19, 2 da Constituição alemã[96], segundo a qual "em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência". Assim, a abrangência conferida pelo texto poderia alcançar também outras normas constitucionais, de forma que a própria Constituição Formal estaria reconhecendo a intangibilidade dos direitos fundamentais, mesmo por norma originariamente constitucional.

A ponderação de Bachof acerca da possibilidade de que norma constitucional venha a ser inconstitucional por violação de direito supra-legal encontra guarida no Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), em decisão de 23 de outubro de 1951, cujos trechos traduzidos por Gilmar Mendes[97] transcrevemos abaixo:

> A adoção do postulado segundo o qual o constituinte tudo pode significaria uma recaída na concepção intelectual de um positivismo despido de valores, há muito superado pela doutrina e pela jurisprudência. Exatamente a experiência com o regime nazista ensinou-nos que o legislador é capaz de perpetrar injustiças graves, de modo que a prática do exercício do direito não pode ficar indiferente a esses desenvolvimentos históricos, sendo-lhe lícito, nos casos extremos, preservar a idéia de justiça material diante do princípio da segurança jurídica. Também o constituinte originário pode ultrapassar os limites da justiça. A Corte Constitucional não vislumbra necessidade de explicitar, de forma precisa, essas situações extremadas. É notório o seu caráter excepcional, tal como expresso na formulação cuidadosa de Radbruch no artigo "Injusto legislativo e Direito suprapositivo" (*Gesetzliches Unrecht und 'ubergesetzliches Recht'*) impresso in *Rechtsphilosophie*, 4ª. ed., 1950, p. 347 s.: "O conflito entre justiça e segurança jurídica há de se resolver em favor da supremacia do direito positivo, ainda que ele se mostre injusto e inconseqüente, a menos que a contradição entre o direito positivo e a idéia de justiça

> atinja limites intoleráveis. Nesse caso, o direito positivo injusto deve ceder lugar à idéia de justiça".
>
> Pelo fato de o constituinte ter incorporado normas suprapositivas no texto da Lei Fundamental (v.g., arts. 1 e 20) não perderam essas normas o seu caráter peculiar. Essas normas estão à disposição do constituinte, desde que não viole a idéia de justiça.
>
> A possibilidade de que o legislador democrático-liberal possa ultrapassar esses limites parece tão restrita, que a possibilidade teórica de normas "constitucionais originariamente inconstitucionais" aproxima-se muito de uma impossibilidade prática.

Bachof finaliza sua exposição informando que seu objetivo: "...foi simplesmente mostrar que a afirmação [...] da 'impossibilidade lógica' de normas constitucionais inconstitucionais (ou, de qualquer modo, inválidas) não resiste à análise"[98].

2.2 A tese de Otto Bachof e a doutrina

Após analisar a fundo a teoria de Bachof, cumpre verificar como tem se posicionado a ciência do direito acerca da possibilidade de que normas constitucionais venham a ser reconhecidas como inconstitucionais. Veremos que a análise doutrinária permite fazer um corte entre a inconstitucionalidade de normas constitucionais (1) originárias e (2) derivadas.

No que tange ao primeiro ponto, não obstante seus pontos de vista, em especial a possibilidade de que norma constitucional originária seja inconstitucional por violação de direito suprapositivo, terem recebido maciço apoio de estudiosos alemães[99], havia quem o criticasse também na sua terra natal. Neste sentido é o relato de Zeno Veloso[100]:

> Outros autores alemães, todavia, opõem-se à possibilidade de normas da Constituição serem inconstitucionais. *Apelt*, por exemplo, sob a perspectiva do positivismo jurídico, criticou tão severamente a mencionada decisão do Tribunal Constitucional da Baviera que esta Corte defendeu-se da censura, numa decisão de 14.03.1951.
>
> *Apelt* alega que os tribunais, inclusive os tribunais constitucionais, não têm a faculdade de considerar inválidas, seja qual for o fundamento, normas da Constituição, negando toda a possibilidade de contradição de normas constitucionais com o direito supralegal, partindo da idéia de que o legislador constitucional é *autônomo* no estabelecimento do sistema de *valores* da Constituição, repudiando a existência daquele direito.

Lawrence Tribe, professor de Direito da Faculdade de Harvard, expõe sua opinião sobre a possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais

sob o enfoque do Artigo V da Constituição Americana[101]:

> Se a Constituição por seus próprios termos diz que nenhuma Emenda para um fim específico poderá, em qualquer momento, se tornar parte desta Constituição, então uma Emenda com esta finalidade, mesmo que ratificada, poderia ser qualificada como violadora da Constituição. [102]

Porém, ao analisar a possibilidade de que a violação de outras normas "materialmente constitucionais" que não aquelas do Texto Constitucional poderia configurar a inconstitucionalidade de Emendas, o autor é cético:

> …ao menos em uma era na qual, qualquer que seja a crítica sobre o governo ou sobre o Judiciário, muitas pessoas continuam a considerar a Constituição como algo sagrado, qualquer exercício de poder no sentido de rejeitar uma emenda constitucional neste país poderia ser, e provavelmente deveria ser, impensável[103].

Por outro lado, também a doutrina de língua portuguesa não parece acompanhar a forma de ver o fenômeno tal qual defendida por Otto Bachof. [104].

Um dos principais argumentos para a rejeição a Bachof é o chamado "princípio da unidade da Constituição", definido por Luís Roberto Barroso[105] como uma especificação da interpretação sistemática, que impõe ao intérprete o dever de "harmonizar as tensões e contradições entre normas..." devendo fazê-lo "...guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior".

Já Canotilho, embora reconheça que o Tribunal Constitucional alemão fixou entendimento no sentido de que "...uma norma constitucional pode ser nula se ofender de um modo insuportável os postulados fundamentais da justiça subjacente às decisões fundamentais da Constituição", rejeita a possibilidade de hierarquia entre normas constitucionais, concluindo que a probabilidade de existência de antinomias normativas na Constituição acaba sendo resolvida pela ponderação, já que reporta, em último caso, a um conflito entre princípios (sendo os princípios formulados com base nas normas contrastantes). São suas as seguintes ponderações[106]:

> O problema das **normas constitucionais inconstitucionais** é levantado por quem reconhece um direito suprapositivo vinculativo do próprio legislador constituinte. É perfeitamente admissível, sob o ponto de vista teórico, a existência de *contradições transcendentes* , ou seja, contradições entre o direito constitucional positivo e os 'valores', 'directrizes' ou 'critérios' materialmente informadores da modelação do direito positivo (direito natural, direito justo, idéia de direito). A questão da *constitucionalidade da constituição* suscita, logicamente, também o problema de saber quem controla a conformidade da

> constituição com o direito supraconstitucional. O Tribunal Constitucional Alemão, ao admitir uma *ordem de valores* vinculativamente modeladora da constituição, considerou-se igualmente competente para 'medir' valorativamente a própria constituição. O Tribunal Constitucional teria um papel de 'guia' na defesa da ordem de valores constitucionais.
>
> Desta forma, dar-se-ia uma resposta material e racionalmente fundada em valores suprapositivos (embora não metajurídicos). Com isso, porém, o Tribunal envolve-se na complexa questão do *fundamento* da ordem constitucional (o chamado *Fundierungsproblem*) e arroga-se uma autoridade discutivelmente ancorada não apenas na constituição, mas também (por julgar isso inerente à função judicial) na própria idéia de direito. [...]
>
> A possibilidade da existência de uma norma constitucional originariamente inconstitucional é bastante restrita em estados de direito democrático-constitucionais. Por isso é que a figura das normas constitucionais inconstitucionais. embora nos reconduza ao problema fulcral da validade material do direito, não tem conduzido a soluções práticas dignas do registro. Isso mesmo é confirmado pela jurisprudência constitucional portuguesa. O problema das normas constitucionais inconstitucionais foi posto no Ac. 480/89, onde se contestou a legitimidade da norma constitucional proibitiva do *lock-out* (art. 57/3). O Tribunal Constitucional afastou o cabimento da questão mas não tomou posição quanto ao problema de fundo (cfr. Acórdão TC 480/89, Vol. IV, p. 155)

Também Jorge Miranda, outro expressivo constitucionalista português, rejeita a possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, sob o fundamento do princípio lógico da não contradição[107]:

> No interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte (originário), não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem vemos como órgãos de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer das suas normas. É um princípio de identidade ou de não contradição que o impede.

Paulo Bonavides é terminantemente contrário à possibilidade de que normas originariamente previstas no corpo da Constituição possam ser consideradas inconstitucionais. Citando Friedrich Müller, destaca que "não há normas constitucionais inconstitucionais; quando muito, concretização inconstitucional do Direito que está na Constituição".[108] Bonavides chega a qualificar a possibilidade aqui aventada como "...um devaneio jusnaturalista de Otto Bachof".[109]

Também Dimas Salustiano da Silva[110] rejeita expressamente a possibilidade de que normas constitucionalmente originárias venham a ser consideradas inconstitucionais, vez que tal possibilidade resta prejudicada em Constituições rígidas, na qual todas as normas nelas presentes são formalmente constitucionais. A teoria de Bachof somente seria adequada numa carta em que existisse hierarquia de normas constitucionais.

No mesmo sentido, Gilmar Mendes[111] aponta alguns problemas relacionados à competência para se realizar o controle de validade da própria Constituição Originária em texto que, embora formalizado em relação ao Tribunal Constitucional Alemão, apresenta-se válido como crítica a Bachof:

> Contra a aferição da legitimidade de disposições constitucionais originárias poder-se-ia suscitar, porém, o fato de que o *Bundesverfassungsgericht* é uma criação da Lei Fundamental, que contém a base de sua competência. Se fosse admissível a aferição de legitimidade de normas constitucionais, então poderia ele corrigir o próprio constituinte e revogar os fundamentos de sua própria competência.

Luís Roberto Barroso[112], ao versar sobre o objeto do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, limita-se a enunciar as Emendas à Constituição, deixando a impressão de que somente estas (e não as normas originárias) poderiam ser consideradas inconstitucionais. No mesmo sentido aparenta ser o posicionamento de José Afonso da Silva[113] e Carl Schmitt[114].

Maria Helena Diniz, embora não nomeie o fenômeno de "inconstitucionalidade", acaba por reconhecê-lo, ao defender que o artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não deveria ser aplicado, em função de sua contrariedade para com os artigos 5º e 100 da Constituição Federal[115]:

> Temos entre os arts. 5° e 100 da Carta Magna e o 33 das Disposições Transitórias uma *antinomia real* e não aparente, pois não se poderá solucioná-la pelos critérios a) norma superior revoga a inferior, já que as três são da mesma hierarquia; b) norma posterior revoga a anterior, porque todas entraram em vigor na mesma data; e c) norma especial prevalece sobre a geral, porque aquelas normas estão tratando desigualmente os iguais (credores da Fazenda Pública) e esse critério requer que se trate desigualmente o que é desigual. Assim, por meio de uma interpretação corretiva far-se-á com que os arts. 5° e 100 prevaleçam sobre o art. 33, sob pena de ofender todo o sistema, pois, ocorrendo a antinomia real, o aplicador, utilizando-se dos mecanismos supletivos de lacuna, resolvendo o problema do caso concreto, já que não poderá eliminar o conflito, deverá ater-se ao princípio da isonomia.

Alfredo Buzaid[116], analisando a mesma questão, apresenta linha de argumentação semelhante, senão vejamos:

> Uma disposição transitória não tem a força de revogar uma disposição permanente da Constituição e tampouco a garantia do direito de propriedade assegurado pelo art. 5º, XXII, da CF. Surgindo o conflito de normas, ele resolve-se pela preponderância da norma constitucional sobre a norma de Direito transitório, tanto mais quando esta só teve eficácia por um dia, que foi o da entrada em vigor da Constituição, carecendo de continuidade.

Todavia, no que tange à alegada violação pelo artigo 33 do ADCT de alguns direitos fundamentais presentes no corpo permanente da CF/88, entendeu

o STF não existir vício de inconstitucionalidade, como se depreende da ementa do RE 160.486[117]:

> PRECATORIO - PAGAMENTO PARCELADO - ADCT, ART. 33 - NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS INTEGRANTES DO ADCT - RELAÇÕES ENTRE O ADCT E AS DISPOSIÇÕES PERMANENTES DA CONSTITUIÇÃO - ANTINOMIA APARENTE - A QUESTÃO DA COERENCIA DO ORDENAMENTO POSITIVO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dao o necessario substrato doutrinario assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vinculo de essencial coerencia. - O Ato das Disposições Transitorias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de indole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em consequencia, a rigidez peculiar as regras inscritas no texto basico da Lei Fundamental da Republica. Disso decorre o reconhecimento de que inexistem, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Politica, quaisquer desniveis ou desigualdades quanto a intensidade de sua eficacia ou a prevalencia de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, a observancia compulsoria de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado. - Inexiste qualquer relação de antinomia real ou insuperavel entre a norma inscrita no art. 33 do ADCT e os postulados da isonomia, da justa indenização, do direito adquirido e do pagamento mediante precatorios, consagrados pelas disposições permanentes da Constituição da Republica, eis que todas essas clausulas normativas, inclusive aquelas de indole transitoria, ostentam grau identico de eficacia e de autoridade juridicas. - O preceito consubstanciado no art. 33 do ADCT - somente inaplicavel aos créditos de natureza alimentar - compreende todos os precatorios judiciais pendentes de pagamento em 05/10/88, inclusive aqueles relativos a valores decorrentes de desapropriações efetivadas pelo Poder Público.

É possível concluir, desta análise doutrinária, que a tese de Otto Bachof acerca da possibilidade de que normas constitucionais venham a ser reconhecidas como inconstitucionais não desfruta de muito prestígio junto à doutrina. Com efeito, mesmo aqueles que defenderam o caso isolado da inconstitucionalidade de dispositivo integrante do ADCT da CF/88 (Maria Helena Diniz e Alfredo Buzaid) precisaram desqualificar o dispositivo constitucional transitório, colocando-o abaixo das normas integrantes do corpo da Constituição permanente.

Verificou-se, todavia, a quase unanimidade doutrinária acerca da possibilidade de que normas constitucionais derivadas venham a ser consideradas inconstitucionais, desde que violem o procedimento previsto na Constituição originária para sua revisão. Neste ponto, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[118] bem sintetiza o posicionamento geral:

> Do exposto, resulta que o Poder Constituinte instituído somente pode atuar estritamente de acordo com a Constituição que o estabelece. Sua obra, portanto, está sujeita, para ser válida, à condição de constitucionalidade. Assim, a violação de norma constitucional relativa a esse Poder importa na inconstitucionalidade do ato que editar. Em conseqüência, tal ato será nulo e írrito como o deve declarar

o órgão para tanto competente.

Também explicitando bem o pensamento que se fixou no âmbito da doutrina brasileira, transcrevemos a lição de Flávio Bauer Novelli[119]:

> ...não parece subsista, a esta altura, dúvida razoável quanto a um aspecto preliminar da questão, isto é: quanto à possibilidade de, em tese, vir uma norma constitucional a ser objeto de juízo de constitucionalidade. Com efeito (e aliás, já se pode desumir de simples leitura do art. 60, § 4°, da Lei Fundamental), tem-se por ponto pacífico, assim na teoria como na prática, que também tais normas - quer dizer, especificamente as normas formuladas mediante o procedimento legislativo especial de emenda à Constituição - enquanto contrastem, inclusive materialmente, com outras determinadas normas constitucionais (as integrantes do denominado "núcleo intangível" da Constituição) podem ser, também elas, "inconstitucionais", e constituir, assim, objeto de argüição de inconstitucionalidade.

Exaurido o objetivo deste capítulo, passemos ao seguinte, no qual buscaremos justificar a inclusão de acórdãos do STF que aplicam a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto entre o objeto de nossas ponderações.

3 Interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: formas de inconstitucionalidade

Além dos casos em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade “total” de normas constitucionais, também analisamos os casos em que citado órgão emprestou “interpretação conforme a Constituição” ou procedeu a “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” em relação a normas constitucionais.

Antes de adentrar pormenorizadamente nos casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal em que se argumentava acerca da inconstitucionalidade de uma norma constitucional, faz-se mister justificar tal opção. A inclusão pode parecer indevida num primeiro olhar, vez que, em situações tais, o STF supostamente não estaria expulsando normas do ordenamento, já que o texto normativo restara intacto. Vejamos as razões que levam à conclusão diversa.

3.1 BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE ENUNCIADO E NORMA

Ponto crucial para que nossa opção seja justificada é a necessária distinção entre enunciados (textos) da lei e normas jurídicas. Norma e texto de lei não são a mesma coisa. Enquanto os enunciados legais são as palavras escritas no papel (suporte físico – plano sintático da linguagem), as normas jurídicas estão mais além. Correspondem elas ao conjunto de significados atribuídos ao enunciado (texto) pelo intérprete.

Por depender do intérprete para ganhar vida, os enunciados admitirão, necessariamente, várias possibilidades de interpretação. Deparando-se com o mesmo enunciado, diferentes operadores do Direito poderão atribuir distintos significados para as palavras que estão no papel e daí obter conclusões que podem estar diametralmente opostas uma da outra.

Sobre o assunto, cumpre recordar pertinente passagem da obra de Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin[120], em tradução livre:

> Resulta, pois, que o sujeito que fala pode dizer o mesmo em distintas ocasiões, mas dizendo o mesmo pode fazer coisas muito distintas: pronunciando as mesmas palavras ou palavras que têm o mesmo significado, faz uma asserção em uma ocasião, formula uma pergunta ou dá uma ordem, em outra.

Exemplificando a ponderação dos autores argentinos supracitados, basta

relembrar singelo exemplo fornecido por Norberto Bobbio[121], segundo o qual o enunciado “Gostaria de beber uma limonada” assumiria distintos significados conforme se estivesse expressando-o (1) para um amigo que estivesse passeando com o emissor da mensagem no parque em um dia de sol ou (2) para um garçom que estivesse lhe atendendo em um bar.

Note-se que, embora no exemplo acima o enunciado (construção gramatical – “gostaria de beber uma limonada”) seja idêntico, seus significados são distintos. Na primeira situação, pretende-se somente exprimir um desejo ao amigo. Na segunda, busca-se compelir o garçom a trazer um copo de limonada.

Constatada esta realidade segundo a qual os enunciados que compõem os textos jurídicos admitem, em sua esmagadora maioria, múltiplas interpretações, assume o intérprete um papel fundamental: ordenar e sistematizar tais enunciados, atribuindo-lhe significado e formulando a norma jurídica. A norma não existe sem o intérprete. Como bem aponta Eros Grau[122], citando Friedrich Müller, “O texto normativo [...] não contém imediatamente a norma. A norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de *concretização* do direito”.

Vale ainda citar Eros Grau pela constatação a seguir[123]:

> As *normas*, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, *é um conjunto de interpretações*, isto é, *conjunto de normas*. O conjunto *das disposições (textos, enunciados)* é apenas *ordenamento em potência*, um *conjunto de possibilidades de interpretação*, um *conjunto de normas potenciais*. O *significado* (isto é, a *norma*) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o *significado da norma é produzido pelo intérprete*.

Assim, razão assiste a Norberto Bobbio[124], ao qualificar a norma jurídica como uma proposição prescritiva, entendendo como proposição o “...conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade.” O significado somente será conhecido após a interpretação, ou seja, após o ato de “remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”.[125]

Como a formulação da norma depende diretamente do significado que seja atribuído pelo intérprete ao enunciado (texto), conclui-se que de um mesmo enunciado constitucional ou legal podem ser formuladas distintas normas jurídicas. Daí a inexistência de uma única solução correta para um dado caso concreto, nos dizeres de Juarez Freitas[126], em lição plenamente aplicável à escola hermenêutica originalista: “A pretensão da única resposta correta pode

inviabilizar a melhor interpretação. Quem defender postura contrária poderá estar reproduzindo, sem o pretender, os ecos da obsoleta Escola da Exegese".

Entendendo a norma jurídica como construção lingüística (proposição prescritiva) que depende da atribuição de sentido efetuada pelo intérprete, faz-se mister rever os critérios que levam à verificação da presença da norma no Ordenamento Jurídico. Veremos que, mesmo em situações nas quais o texto legal continue presente no Ordenamento é possível falar em "exclusão de normas" por decisões do controle de constitucionalidade em abstrato. Retomaremos este raciocínio a seguir.

3.2 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

As técnicas de controle de constitucionalidade citadas no título deste tópico estão previstas no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/98, nos seguintes termos:

> A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

A similitude entre ambas é grande. Gilmar Mendes[127] busca distingui-las pelo resultado. Enquanto na interpretação conforme a Constituição haveria a declaração de constitucionalidade (ainda que restrita ao significado fixado pelo Tribunal Constitucional), na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ocorreria a declaração de inconstitucionalidade, preservando, todavia, a literalidade do texto legal:

> Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme à Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Embora pensemos que a conclusão final tomada pelo órgão jurisdicional (constitucionalidade condicionada ou inconstitucionalidade limitada) seja importante, nos parece que a principal diferença entre ambas não reside especificamente aí, mas sim na fixação ou exclusão de um significado normativo em conformidade com as normas constitucionais.

Assim, na interpretação conforme a Constituição é estabelecido um único significado do enunciado legal que o torna compatível com a Lei Maior: qualquer interpretação que atribua significado diverso resultará em inconstitucionalidade. Já na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ocorre o inverso: em vez de fixar o significado constitucional, a decisão exclui determinado significado atribuível a um enunciado legal, de forma que sua utilização (do significado) resultará em uma formulação normativa inconstitucional.

Note-se, a respeito, a ponderação de Eduardo Fernando Appio[128]:

> Na declaração parcial de nulidade, sem redução de texto, o texto de lei ou ato normativo é substancialmente constitucional. Apenas as variações interpretativas citadas, de modo expresso, na parte dispositiva do acórdão, são expungidas do ordenamento jurídico porque incompatíveis com a Constituição Federal, sendo defeso a qualquer órgão da Administração Pública ou do Judiciário aplicar tal interpretação.
>
> Já na *interpretação conforme à Constituição*, o texto jurídico impugnado é substancialmente inconstitucional, sendo forçosa a declaração de sua nulidade. Todavia, o julgador retira do ordenamento todas as interpretações possíveis, dada a polissemia semântica do texto, à exceção da interpretação conforme contida na motivação do acórdão.

Este esclarecimento mostra-se relevante não somente para entender tais técnicas de controle de constitucionalidade, mas também para entender o controle abstrato em si. Na declaração de inconstitucionalidade “tradicional”, a norma jurídica é excluída do ordenamento de forma reflexa, já que seu texto (suporte físico, sem o qual é impossível formulá-la) é atingido. Já nas técnicas aqui comentadas, a norma jurídica é atingida diretamente, em maior (interpretação conforme a Constituição) ou menor (declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto) grau, mantendo-se sempre intacto seu enunciado.

Conseqüentemente, se a utilização de tais técnicas importa em considerar uma ou mais normas inconstitucionais (ainda que se preserve o texto que dá base à formulação da própria norma e ainda que a inconstitucionalidade seja implícita ou limitada a uma específica opção interpretativa), é forçoso concluir que, quando o Supremo Tribunal Federal realiza interpretação conforme a Constituição ou declara a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto de uma norma constitucional (seja ela originária ou advinda de Emenda), há que se considerar tal fenômeno como o reconhecimento de inconstitucionalidade de normas constitucionais.

Em situações tais, esteja o STF fixando um único significado

constitucional, esteja a Corte excluindo somente um significado específico por inconstitucionalidade, a limitação significativa em comento somente poderá ser feita com base no controle de constitucionalidade, que se dá sobre as diversas opções interpretativas possíveis de aplicação conforme a formulação textual do enunciado.

Há que se registrar, todavia, que a norma do artigo 97 da Constituição Federal, conhecida como “reserva de plenário”, continua sendo aplicável somente aos casos de declaração de inconstitucionalidade total, ou seja, que atinja diretamente o enunciado que dá suporte à norma contestada.

Assim pensamos porque a razão de ser do *quorum* qualificado supra é justamente a tensão entre Poderes, inerente a uma pronúncia de inconstitucionalidade total. Citada tensão, todavia, é bastante minimizada pela utilização das técnicas aqui brevemente analisadas.

Por tais motivos incluímos acórdãos nos quais estas técnicas de controle de constitucionalidade foram aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre Emendas Constitucionais. Passemos, então, à análise dos acórdãos propriamente ditos.

4 OS CASOS ANALISADOS

De acordo com os critérios previamente traçados para a análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, já explanados quando da introdução da obra, reputamos conveniente dividi-los em quatro diferentes grupos.

No primeiro grupo, reservamos espaço para dois precedentes que, embora proferidos em sede de controle concreto de constitucionalidade e anteriormente à Constituição de 1988, foram decisivos para firmar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade ou não do controle de constitucionalidade da reforma constitucional via Emendas à Constituição. Nele enquadramos os acórdãos decorrentes dos julgamentos do HC 18.178 e do MS 20.257.

Reservamos um tópico à parte para a análise do acórdão proferido quando do julgamento da ADIn 815, haja vista que neste caso o Supremo Tribunal Federal analisou expressamente a possibilidade de analisar a validade, via controle de constitucionalidade em abstrato, de normas originárias da Constituição de 1988.

No agrupamento seguinte, foram analisados os acórdãos em que foi expressamente proclamada a inconstitucionalidade de enunciados introduzidos no corpo formal da Constituição Federal de 1988. Quando ADIn’s foram julgadas em conjunto pelo STF, por versarem sobre a mesma matéria, ambas foram citadas no mesmo tópico.

Já no tópico final, inserimos os julgados em que o Supremo Tribunal Federal realizou “Interpretação Conforme à Constituição” ou aplicou a “Declaração de Inconstitucionalidade Parcial sem redução de texto” quando o objeto do controle eram justamente normas inseridas na Constituição pela via da Emenda Constitucional.

Dentro de cada grupo, a disposição dos acórdãos se deu em ordem cronológica, iniciando-se do acórdão mais antigo e terminando com o acórdão mais recente.

4.1 Precedentes do controle concreto de constitucionalidade

4.1.1 Habeas Corpus 18.178

O Habeas Corpus 18.178 (Anexo A), que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1° de outubro de 1926, teve como pacientes o General João Maria Xavier de Britto e outros. Segundo relatado no corpo do julgado, os Pacientes estariam "...desterrados, presos, incommunicaveis, abandonados no penedo da Ilha da Trindade, a oitocentas milhas da costa brasileira", em razão de atos praticados quando do estado de sítio. Requeria-se, com o Writ, a concessão de ordem para sua transferência às “prisões normais”.

O fundamento principal para a impetração foi a alegação de inconstitucionalidade da reforma constitucional efetuada em 1926, sob a alegação de que ela não teria sido aprovada no Senado pelo quorum de dois terços exigido pelo § 2° do artigo 90 da Constituição de 1891, cuja redação transcrevemos:

> Art 90 - A Constituição poderá ser reformada, por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembléias dos Estados.
>
> § 1º - Considerar-se-á proposta a reforma, quando, sendo apresentada por uma quarta parte, pelo menos, dos membros de qualquer das Câmaras do Congresso Nacional, for aceita em três discussões, por dois terços dos votos em uma e em outra Câmara, ou quando for solicitada por dois terços dos Estados, no decurso de um ano, representado cada Estado pela maioria de votos de sua Assembléia.
>
> § 2º - Essa proposta dar-se-á por aprovada, se no ano seguinte o for, mediante três discussões, por maioria de dois terços dos votos nas duas Câmaras do Congresso.

Sustentava-se, no caso, que o enunciado constitucional demandaria dois terços dos membros das casas, e não dois terços dos parlamentares presentes à sessão, argumentando-se que, em comparação com o disposto nos artigos 33, § 2°[129], 37, § 3°[130], 39, §1°[131] e 47, § 2°[132] da Carta, nos quais é feita expressa menção aos "membros presentes", o § 2° do artigo 90, ao não fazer tal remissão, estaria por exigir dois terços dos parlamentares componentes das Casas Legislativas. Cita, ainda, em seu abono, lições do jurista João Barbalho, de muito prestígio à época.

O Ministro Sepúlveda Pertence[133] assim resume a contenda:

> A validade da reforma de 1926 foi levada ao STF, mas – reduzidos os limites materiais à reforma, às duas cláusulas a que me referi – a República e a igualdade de representação dos Estados no Senado – o que se pôde alegar contra um tópico da emenda – questionada conforme o sistema difuso, incidente, concreto de controle da constitucionalidade – foi apenas a inconstitucionalidade formal: reagitava-se a discussão -, que, na doutrina já antepusera, por exemplo, João Barbalho a Carlos Maximiliano – sobre se 2/3 dos votos de cada uma das Casas, exigidos para a aprovação da emenda, deveriam ser calculados sobre o número de congressistas presentes ou sobre o número total de uma e outra Câmara.

Antes de adentrar o mérito, o Supremo Tribunal Federal resolveu questão

de ordem, afirmando a possibilidade de conhecer do writ, mesmo tendo a situação dos pacientes se originado de atos praticados quando da vigência de Estado de Sítio, pois a limitação de cognição judicial somente se aplicaria quando da duração deste.

Versando acerca da possibilidade de controlar a validade da reforma constitucional, o STF tratou a questão com enorme naturalidade, sem que se opusessem grandes óbices, como aponta o único trecho do acórdão que versa sobre a questão[134]:

> O Supremo Tribunal Federal tem, sem duvida, autoridade para, nos casos concretos, examinar se a reforma constitucional obedeceu, na sua elaboração e no seu acabamento, às disposições do art. 90 da Lei Fundamental da República, que criou esta Alta Corte de Justiça, sobretudo, para ser seu guarda supremo.

Certeira, neste ponto, é a observação do Ministro Sepúlveda Pertence[135], para quem

> O que chama atenção, no tempo, é a naturalidade – quando intensa a polêmica, por exemplo, na fonte do constitucionalismo da República Velha, os Estados Unidos, sobre a possibilidade de a Suprema Corte indagar, ainda que fosse da inconstitucionalidade formal das emendas constitucionais – é a naturalidade com que o Supremo superou preliminarmente essa questão e afirmou sua competência para verificar a normalidade, a constitucionalidade da reforma constitucional.

Tendo afirmado sua competência para tanto, passou o Supremo a analisar a questão acerca da constitucionalidade formal da reforma constitucional de 1926, em face do § 2° do artigo 90 da Carta vigente. Naquela oportunidade, assentou o STF, acolhendo argumentação de Carlos Maximiliano, que o citado dispositivo requeria a presença de dois terços dos parlamentares presentes. Foi feita, ainda, análise de direito comparado, em especial das Constituições Argentina e Americana, além de interpretação histórico-evolutiva das alterações sofridas pelos projetos de Constituição, até se chegar ao texto final.

Ao final assentou o Supremo que

> Para que a Constituição Brasileira se referisse à totalidade dos membros de cada casa do parlamento, seria mister que o legislador constituinte o houvesse declarado expressamente, ou que, ao menos, houvesse empregado forma semelhante à usada no tocante à apresentação da proposta, como estava nos projectos primitivos.
>
> [...]
>
> Em conclusão: - Dous terços dos votos só podem se dous terços dos votos do que no momento votam, satisfeita, é bem de vêr, a previa condição geral do quorum.
>
> Nenhum motivo há, portanto, para considerar infringente do art. 90, § 2°, do estatuto básico da

Republica a Reforma Constitucional recentemente promulgada[136].

Conseqüentemente, a ordem foi denegada, mas o Supremo Tribunal Federal, ainda na época da República Velha, teve a oportunidade de afirmar sua competência para controlar a constitucionalidade da reforma constitucional – e admitindo, implicitamente, uma das hipóteses de inconstitucionalidade de norma constitucional – muito embora não tenha reconhecido nenhum vício nas emendas de julho de 1926.

4.1.2 Mandado de Segurança 20.257

O Mandado de Segurança n° 20.257 foi impetrado por Itamar Franco e Antonio Mendes Canale, ambos Senadores à época, tendo por objeto impugnar ato da Mesa do Congresso Nacional que aceitou a tramitação das Propostas de Emendas Constitucionais n°s 51 e 52/80, assim como a emenda n° 3 a tais propostas.

Como consta do relatório do Acórdão, os Impetrantes

> ...argumentam que ditas Emendas, visando à prorrogação dos mandatos dos atuais Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, não podem ser objeto de deliberação, ante o que dispõe o art. 47, § 1°, da Constituição, segundo o qual "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República.

A lógica meritória da impetração nos parece irretorquível: qualquer ato, seja ele mero decreto, uma lei ou mesmo uma Proposta de Emenda à Constituição, que venha a sequer mencionar algo tão impensável quanto uma “prorrogação de mandato” por qualquer prazo que seja, já possui enorme tendência de abolir a República, que consiste justamente em regime político no qual, segundo ensina Geraldo Ataliba[137], “...os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e **mediante mandatos renováveis periodicamente**”. (grifos nossos)

O pedido de liminar foi, à época, negado pelo Relator, sendo que quando da primeira sessão de julgamento (em 17 de setembro de 1980), as Emendas à Constituição já haviam sido promulgadas, o que motivou que os próprios Impetrantes peticionassem e informassem que o pedido se encontrava prejudicado.

Após tal manifestação, o Relator, Ministro Decio Miranda, julgou o writ prejudicado, em razão da promulgação das emendas, no que foi acompanhado

pelos Ministros Cunha Peixoto e Xavier de Albuquerque. O ministro Soares Muñoz, contrariando o voto do relator, não entendeu o pedido como prejudicado, "...pois que, tendo o ato temido se consumado, o pedido de preventivo se transformou em desconstitutivo". Votou, porém, pela impossibilidade jurídica do pedido, por não ser possível controle *a priori* de atos legislativos, no que foi acompanhado pelo Min. Rafael Mayer.

Em nova sessão de julgamento (agora em 8 de outubro de 1980), o Ministro Moreira Alves abriu divergência, entendendo que a questão não consistiria em prejudicialidade e que o pedido seria juridicamente possível em razão do limite material à reforma constitucional previsto no art. 47, § 1°[138] da CF de 1967.

Quanto à possibilidade de utilização do Mandado de Segurança para a finalidade pretendida, estatuiu Moreira Alves:

> Diversa, porém, são as hipóteses como as presentes, 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 artigo 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.
>
> E cabe ao Poder Judiciário - nos sistemas em que o controle de 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 a preservação dela, lhe outorga.

A segurança, porém, restou indeferida, por se haver considerado que a prorrogação de mandatos de representantes do povo por dois anos não aboliria a República, além de ser conveniente fazer coincidir os mandatos das distintas esferas de governo. Pensamos ser lamentável que precedente tão importante quanto à forma tenha resultado em uma conclusão tão dissociada do princípio republicano, já que se permitiu ao Legislativo, sem consulta popular, prorrogar o mandato dos ocupantes do Poder Executivo. É deplorável se admitir uma outorga ilegítima de poder por mera “conveniência”.

Segundo assevera Pertence[139], “a importância maior do caso é a ampliação que proporcionou às possibilidades de controle de constitucionalidade da emenda constitucional, no quadro normativo da época”.

Com efeito, ao permitir que Parlamentares levassem ao STF questões

envolvendo os limites à competência reformadora do Congresso Nacional, aquela Excelsa Corte abria um importante canal para a preservação da Supremacia da Constituição, limitada que estava ao controle difuso via Recurso Extraordinário e à Representação de Inconstitucionalidade, de legitimação exclusiva do Procurador Geral da República que, à época, era verdadeiro advogado do governo.

Prossegue Pertence[140], no mesmo artigo citado, sustentando que:

> Além deste aspecto – de certo modo superado pela Constituição de 88 – esse precedente do caso Itamar Franco tem outra importância relevantíssima, sobre a qual a doutrina se tem demorado pouco: é essa a única via, na ordem jurídica brasileira, de controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade de normas. É um dogma de nossa jurisprudência constitucional que não se admite a interferência do Judiciário na tramitação de projeto de lei, por mais patente que se afigure a sua inconstitucionalidade. [...] A hipótese de legitimação do congressista, para suscitar, perante o Supremo Tribunal, para reagir de logo contra a simples admissão de uma proposta de emenda constitucional ficou, assim, como um caso, absolutamente isolado no sistema brasileiro, de controle preventivo, de controle da constitucionalidade de uma mera proposta, para cortar-lhe o processamento, antes mesmo de que seja votada e que se transforme em emenda constitucional.

Porém, o aspecto mais importante do julgado, em nossa opinião, foi a reafirmação da competência do Supremo Tribunal Federal em controlar a constitucionalidade de alterações da Constituição, com base na cláusula que estabelece os limites à competência reformadora do Congresso Nacional.

Segundo temos notícia, este foi o primeiro caso após o HC 18.178 em que se afirmou dita competência, o que não pode ser ignorado como subsídio para a formação da jurisprudência do STF sobre o tema após a Constituição de 1988.

4.2 ADIn 815: a expressa rejeição da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias

A ADIn 815 consistiu em interessantíssimo precedente para a jurisprudência do STF, vez que fixou a posição desta Corte acerca da possibilidade ou não de se fiscalizar os atos praticados pela Assembléia Nacional Constituinte convocada para a elaboração da Constituição Federal de 1988.

A ADIn foi provocada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, que solicitou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 45, §§ 1º e 2º[141], integrantes da Constituição Federal originária.

Sustentou o autor da ação que a fixação de um número mínimo e máximo de deputados seria inconstitucional, por violação de “princípios superiores na Constituição”. Argumentou-se no seguinte sentido:

> Ora, parece inquestionável que, no atual estágio da civilização e da cultura, a regra da 'igualdade' se impõe de modo absolutamente incoercível como "princípio constitutivo de toda e qualquer ordem jurídica", pois, considerados aqueles parâmetros do processo civilizatório e cultural, é hoje impensável uma ordem jurídica (obviamente "civilizada") que não a contemple. [...]
>
> De outra parte, sendo o princípio da "igualdade", regra de direito supralegal positivada na Constituição (CF/88, art. 5o.), parece também certo que o mesmo atributo não se pode negar ao da "igualdade de voto", consagrado no art. 14 da Carta Política, seja porque derivado daquele, seja porque ligado à cidadania e ao exercício, pelo povo, do poder, no qual se funda por toda a ordem constitucional do "Estado Democrático de Direito" por ela constituído (CF/88, art. 1°, "caput", II e parágrafo único). Não é admissível, na verdade, que, reconhecendo-se a "igualdade" como pedra de toque da estrutura jurídica supralegal vinculativa do legislador constituinte, se permita a desigualação desarrazoada num ponto tão fundamental como o da participação do cidadão na formação da vontade estatal através do instrumento básico do voto, ou, em outras palavras, não é possível se admitam hajam, na mesma Carta, "cidadanias" mais "cidadanias" que outras relativamente a "cidadãos"...absolutamente iguais. Desigualar desarrazoadamente aqui é, na verdade, na medida em que se desiguala a cidadania, princípio fundamental.
>
> [...] seja qual for a população ou número de eleitores, os Estados e o Distrito Federal terão sempre assegurados o mínimo de oito, o máximo de setenta, e os Territórios o número fixo de quatro representantes na Câmara dos Deputados, de forma que o voto de um eleitor em uma grande unidade federativa vale muito menos do que o de um pequeno Estado, o que contraria o princípio da isonomia (CF/88, art.5º, c/c o art. 60, § 4º, IV) e a cláusula “voto com igual valor para todos”, constante do art. 14, caput, da Lei fundamental.[142]

Baseado nas idéias do jurista alemão Otto Bachof, já analisadas em capítulo anterior, o Chefe do Executivo Gaúcho defende a possibilidade de que hajam normas inconstitucionais em uma mesma Constituição, sustentando que as normas materialmente constitucionais são hierarquicamente superiores em relação às normas constitucionais somente quanto à forma. Assim, poderia o STF adequar devidamente os preceitos constitucionais inferiores aos preceitos constitucionais superiores, através do controle de constitucionalidade.

Ainda segundo o autor da ADIn, seria possível demonstrar essa superioridade de preceitos e princípios constitucionais ao analisar as cláusulas pétreas previstas no artigo 60, § 4º da Constituição. Tais enunciados caracterizam-se, em seu dizer, como um núcleo material intocável, não podendo ser modificadas por reforma ou revisão que vise abolir, direta ou indiretamente, quaisquer dos bens consagrados em seu texto.

Conclui o Governador do Rio Grande do Sul sustentando que, dentre o rol

de preceitos protegidos pelo enunciado constitucional, encontra-se a igualdade, o que a torna uma máxima totalmente intangível à competência de reforma da Constituição. Sendo tal princípio claramente contrariado no preceito em questão, ao outorgar maior valor aos cidadãos dos pequenos Estados, além de violar o princípio da igualdade de voto e a democracia, haveria que se declarar a inconstitucionalidade do dispositivo originariamente posto na Constituição.

Assim, seguindo a classificação traçada por Otto Bachof, o caso consistiria "infração a direito supra-legal positivado na Constituição", já que a norma da isonomia, embora presente no corpo formal da Carta, seria integrante do direito supra-positivo.

Em seu parecer, a Advocacia-Geral da União sustenta a impossibilidade jurídica do pedido, em virtude do vigente sistema constitucional não aceitar a tese do autor, já que não haveria hierarquia entre as normas constitucionais.

Na mesma linha de raciocínio, a Procuradoria-Geral da República afirma, citando Canotilho, que a Constituição deve manter sua unidade hierárquico-normativa, o que significa que todas as normas presentes numa Constituição formal têm o mesmo valor, não podendo haver hierarquia entre elas. Citando Jorge Miranda, considera que no interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte originário, não podem surgir normas inconstitucionais.

Em julgamento realizado no dia 28 de março de 1996, o STF não conheceu da ação, por unanimidade, em virtude de serem dispositivos impugnados estabelecidos pelo poder constituinte originário.

O voto do ministro Moreira Alves, relator da ADIn, acompanhado pelos outros Ministros em Plenário, não conheceu da ação, baseando-se no fato de que o STF deveria se ater ao princípio da unidade da Constituição, não tendo lugar a tese de hierarquia entre os preceitos constitucionais no sistema jurídico brasileiro. De acordo com o Relator, compete ao STF a guarda da Constituição,

> ...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 à ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria ou não violado os princípios do direito supra-positivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição[143].

Como premissa a tal conclusão, o Ministro citou ensinamento de Francisco Campos no sentido de inexistir distinção entre normas materialmente ou formalmente constitucionais. Justificando tal assertiva, alega que as

Constituições Brasileiras, a partir da primeira Republicana, não mais contém disposição semelhante o artigo 178 da Constituição Imperial de 1824[144].

Seguindo tal fundamentação, sustentou o Relator no sentido de que não caberia ao STF, conseqüentemente, verificar quais exceções às normas de "direito supra-positivo incorporado à Constituição" seriam constitucionais ou não:

> Portanto, não tendo o Supremo Tribunal Federal, como já se salientou, jurisdição para fiscalizar o Poder Constituinte originário, não pode ele distinguir as exceções que, em seu entender, sejam razoáveis das que lhes pareçam desarrazoadas ou arbitrárias, para declarar estas inconstitucionais.

Na mesma linha segue o jurista Paulo Bonavides[145], em parecer elaborado quando analisando o caso debatido na ADIn em comento. São suas palavras:

> O Tribunal Constitucional, poder constituído, não há de inverter a sua função, como ocorrerá caso reconheça a si mesmo competência para desfazer ou invalidar preceitos da própria Constituição.
>
> Nessa hipótese, não se arvora ele tão-somente em "quarto Poder", mas em Poder dos Poderes, acima do Executivo e do Legislativo, sobranceiro à própria Constituição, deslembrado de que desta lhe provém toda a autoridade exercida no desempenho da função jurisdicional. A Magistratura Suprema não pode, pois, ser fiscal de regras da Constituição com a faculdade de anulá-las a seu livre alvedrio, sem repudiar e subverter a mesma de legitimidade. Transformada em primeira instância constitucional do País, ela acorrentaria aos seus pés aquilo que outrora fora a soberania do povo e da Nação.

O Ministro Moreira Alves justificou seu voto, ainda, no fato de que as cláusulas pétreas não podem ser usadas para amparar a tese de inconstitucionalidade de normas de grau inferior em face de norma superior, na medida em que a Constituição prevê que elas sejam limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou emendar a mesma, e não considerando que elas sejam impostas ao próprio poder constituinte originário.

Portanto, as cláusulas pétreas não seriam superiores às demais normas constitucionais. Concedeu-se ao STF a tarefa de fiscalizar a ação do Congresso no exercício de sua competência reformadora. Por isso, a ação não foi conhecida, pois questiona uma atividade que, além de ser anterior à instituição do tribunal (sob o regime jurídico de 1988), também confere fundamento de validade às suas decisões.

O fundamento da unidade hierárquica da Constituição, que foi um dos pilares da construção da argumentação do Ministro Moreira Alves, é sagazmente criticado por Virgílio Afonso da Silva[146], nos termos que seguem:

> ...será que alguém contestaria a tese de que a norma contida no art. 5°, II, da CF – segundo a qual "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" – é mais importante e está, portanto, em nível hierárquico materialmente superior ao da norma contida no art. 242, § 2°, que prevê a manutenção do Colégio São Pedro II na órbita federal?
>
> É interessante notar que a superioridade material de algumas normas constitucionais em relação a outras é defendida *justamente na decisão do Tribunal Constitucional Alemão que muitos costumam usar como fundamento da unidade da constituição*. O trecho normalmente citado por quem usa essa decisão com esse fim é o seguinte: "Uma disposição constitucional não pode ser considerada isoladamente e nem interpretada somente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos constitucionais, que representam uma unidade interna".
>
> No entanto, a decisão vai mais além. A frase seguinte é: "Disso resulta que cada disposição constitucional deve ser interpretada *de forma que seja compatível com aqueles princípios constitucionais* e decisões fundamentais do legislador constitucional.

Outro motivo para que Moreira Alves chegasse à conclusão citada consistiria numa suposta contradição de Otto Bachof ao formular sua tese. Longe de decorrer de uma incongruência na teoria do jurista alemão, a "crítica" de Moreira Alves aparenta resultar mais do desconhecimento de sua obra, ou mesmo uma leitura apressada do que ele sustentava.

Com efeito, o Ministro Relator joga numa vala comum espécies de inconstitucionalidades que, para Bachof, são distintas. Não se pode conferir o mesmo tratamento tanto às situações em que haja inconstitucionalidade por "contradição com normas constitucionais de grau superior" quanto àquelas em que haja "infração a direito supra-legal positivado na Constituição".

Vejamos os argumentos lançados no voto do Ministro:

> Ademais, o próprio BACHOF (ob. cit., págs. 54 e segs.), que distingue a inconstitucionalidade de normas constitucionais por contradição com normas constitucionais de grau superior da inconstitucionalidade das normas constitucionais por 'infração de direito supralegal positivado na lei constitucional', reconhece que, quanto à primeira dessas hipóteses, o constituinte originário, por não estar vinculado, ao direito suprapositivo, inexistente no caso, tem liberdade para determinar quais sejam essas normas constitucionais de grau superior, podendo, igualmente, estabelecer exceções a elas, no próprio dispositivo que as encerra ou em outro, salvo se essas exceções forem arbitrárias.

E prossegue afirmando: "E isso sem considerar que a restrição admitida por BACHOF é incongruente, pois quem é livre para fixar um princípio o é também para impor-lhe exceções".

Ora, sob o grupo da inconstitucionalidade por "contradição com normas constitucionais de grau superior", como já enfatizamos, não estão elencadas as situações em que a superior hierarquia seja decorrente do caráter supra-positivo da norma. Como diz o próprio Bachof, excluem-se aqui aquelas situações em

que a norma de grau superior contiver “...uma positivação de direito supralegal, de tal maneira que a não obrigatoriedade da norma de grau inferior pudesse advir de uma infracção deste direito supralegal”.[147]

Nestes casos, se está de fronte a duas normas que são constitucionais somente quanto à forma. Este é o único motivo pelo qual Bachof, ao contrário de Krüger, admite que uma norma constitucional limite a outra.

É de se registrar, ainda, que o Tribunal Constitucional Alemão, sobre o mesmo assunto, assumiu posição diametralmente oposta à do STF, como relata Gilmar Mendes[148]:

> Admitiu-se, pois, que o problema sobre a existência do direito suprapositivo diferenciava-se da questão relativa à competência para aferição da validade da lei com base nesses parâmetros. Afirmou-se, todavia, sua competência para aferir a validade dos textos constitucionais, uma vez que a ele competiria, em última instância, garantir a intangibilidade das decisões fundamentais consagradas na Lei Fundamental. Caberia, assim, à jurisdição constitucional, na forma que lhe foi dada pela Lei Fundamental, a aferição de validade de normas com base nos parâmetros fixados pelo direito suprapositivo e incorporados à ordem jurídica.

Não conhecendo da ADIn por impossibilidade jurídica do pedido, procedeu o STF de forma semelhante ao Tribunal Constitucional Português, quando este teve que decidir acerca da alegada antinomia entre dispositivos do artigo 57 da Constituição da República Portuguesa[149]. O comentário de José Manuel Cardoso da Costa[150], presidente daquela Corte, dá bem a idéia acerca da citada semelhança:

> Seja como for – e isto é o que mais importa referir aqui – a noção de uma hierarquia “formal” de normas da Constituição não desempenhou até agora qualquer papel na jurisprudência do Tribunal Constitucional. É certo que a questão da inconstitucionalidade de normas da Constituição já chegou a ser-lhe posta; mas no único caso em que tal aconteceu, e em que se impugnava a norma da Constituição portuguesa que proíbe o *lock-out*, o Tribunal, sem tomar uma posição geral sobre o problema, afastou liminarmente o seu cabimento na hipótese (acórdão nº 480/89[151]).

Ademais, o Tribunal Constitucional Português permanece sem analisar o mérito da questão, como exemplifica trecho do Acórdão 387/94[152]:

> Com efeito, independentemente de se apurar se é (ou não) possível existirem normas constitucionais inconstitucionais e, sendo-o, se essa possibilidade se verifica relativamente a quaisquer normas constitucionais (sejam elas originárias ou derivadas de revisão constitucional) ou se apenas tem lugar no caso destas últimas [...], questão que aqui não importa resolver, sempre haverá de se dizer que no caso em apreço o recorrente não suscitou "durante o processo" e perante o Supremo Tribunal Administrativo isto é, em termos adequada e funcionalmente operativos, a "inconstitucionalidade" daquela norma.

A análise do acórdão proferido na ADIn 815, cujas conclusões continuam inalteradas na jurisprudência do STF, nos leva à conclusão de que as seguintes hipóteses de inconstitucionalidade estudadas por Bachof não são acolhidas, de forma expressa, pela Corte[153]: a) inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior; b) inconstitucionalidade por infração de direito supra-legal positivado na lei constitucional; c) inconstitucionalidade por infração de direito supralegal não positivado.

Não foram analisadas, neste julgamento, as seguintes hipóteses estudadas por Bachof: a) Inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais; b) Inconstitucionalidade decorrente de mudança de natureza da norma constitucional (cessação de vigência sem disposição expressa); c) Inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos do sentido da Constituição e d) Inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário.

4.3 A inconstitucionalidade de normas constitucionais decorrentes de emenda

4.3.1 ADIn 466

A presente argüição de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional foi de grande importância, pois, apesar de não ter sido conhecida, em seu julgamento se afirmou, pela primeira vez após a promulgação da Constituição de 1988[154], a possibilidade de controle repressivo sobre a constitucionalidade das emendas constitucionais que desrespeitassem o núcleo intangível da Carta – as cláusulas pétreas, dispostas no art. 60, § 4º.

A ADIn foi provocada pelo Partido Socialista Brasileiro, e teve por objeto a proposta de emenda a constituição nº 1-b, de 1988, que tratava da instituição da pena de morte. Visava a PEC dar nova redação à alínea “a” do inciso XLVII do art. 5º[155], nele incluindo as expressões "e de roubo, seqüestro e estupro, seguidos de morte". Dispunha ainda que a decisão sobre a instituição da pena de morte seria submetida a plebiscito a se realizar em 18 meses após a promulgação da Emenda.

Por incrível que pareça, a proposta chegou a ser aprovada na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, o que motivou o PSB a requerer liminar

para suspender a tramitação da PEC.

O argumento do autor consiste na incompatibilidade material com o que dispõe o artigo 60, §4º, IV, que veda as emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais, dentre os quais está presente o direito a vida.

Em sessão de julgamento, o Supremo Tribunal Federal não conheceu da ação, por entender que o objeto do controle normativo de constitucionalidade em abstrato se limita a leis ou atos normativos, ou seja, atos já promulgados e existentes no mundo jurídico.

O Relator, Ministro Celso de Mello, argumentou que

> 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...[156]

Assim, a Excelsa Corte deixou claro que “atos normativos” que ainda estão em fase de tramitação procedimental não concluída não são passíveis de controle concentrado, nem dão margem à provocação do controle abstrato de constitucionalidade, sendo imprescindíveis que as espécies normativas sejam definitivas, perfeitas e acabadas, assim entendidos os já editados e publicados, ressalvadas as situações que configuram omissão juridicamente relevante.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello ainda ressaltou a possibilidade de que o controle de constitucionalidade em abstrato tenha por objeto Emendas Constitucionais, desde que já promulgadas:

> ...as Emendas à Constituição Federal não estão excluídas da possibilidade de virem a constituir objeto de controle, abstrato ou concreto, de constitucionalidade. O Congresso nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do pode reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora de instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no §4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente ao poder de reforma conferido ao Poder legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.
>
> Emendas à Constituição - que não são normas constitucionais originárias - podem, assim, incidir, elas próprias, no vício da inconstitucionalidade, configurado pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto constitucional por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias... [157]

Ao abordar tal tema, fez ele referência ao quanto decidido pelo STF no HC 18.178 e no MS 20.257, julgados analisados em tópico anterior e que, mesmo que provenientes do controle difuso, apresentaram enorme relevância na formação da jurisprudência do Excelso Pretório.

Assim, confirma que as Emendas Constitucionais, que não se apresentam como obra do Poder Constituinte Originário, podem sim sofrer do vício de inconstitucionalidade, caso não observem as limitações formais, circunstanciais e materiais a que está sujeita a competência reformadora do Congresso Nacional.

4.3.2 ADIn's 829, 830 e 833

A ADIn 829, na qual foi deduzido pedido de liminar, foi provocada pelo Partido da Reedificação da Ordem Nacional – PRONA, em face de todos os dispositivos da Emenda Constitucional n° 2, publicada no Diário Oficial da União de 01.09.92, que alterava substancialmente o conteúdo do artigo 2° do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da CF/88, antecipando o plebiscito nele previsto (de 07.09.93 para 21.04.93)[158] e alterando a competência normativa acerca do assunto. Eis a redação do art. 2° do ADCT:

> Art. 2º. 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.
>
> § 1º - Será assegurada gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos meios de comunicação de massa cessionários de serviço público.
>
> § 2º - O Tribunal Superior Eleitoral, promulgada a Constituição, expedirá as normas regulamentadoras deste artigo.

Por sua vez, a Emenda Constitucional n° 2 dispôs que:

> Artigo único. O plebiscito de que trata o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias realizar-se-á no dia 21 de abril de 1993.
>
> § 1º A forma e o sistema de governo definidos pelo plebiscito terão vigência em 1º de janeiro de 1995.
>
> § 2º A lei poderá dispor sobre a realização do plebiscito, inclusive sobre a gratuidade da livre divulgação das formas e sistemas de governo, através dos meios de comunicação de massa concessionários ou permissionários de serviço público, assegurada igualdade de tempo e paridade de horários.
>
> § 3º A norma constante do parágrafo anterior não exclui a competência do Tribunal Superior Eleitoral para expedir instruções necessárias à realização da consulta plebiscitária.

A citada Emenda Constitucional foi objeto de outras duas ações de controle

concentrado, a saber: ADIn 830, provocada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB em conjunto com o Partido Democrático Trabalhista – PDT, e ADIn 833, intentada pelo Governador do Estado do Paraná.

Os legitimados para a propositura do controle concentrado argüiram, em síntese, que: a) O ADCT não poderia estar sujeito a alterações via emenda constitucional, por se tratar de documento autônomo da Constituição, embora com status de norma constitucional; b) a alteração da competência do TSE para normatizar o plebiscito, transferida para o Congresso Nacional, feriria o princípio da separação de Poderes, constante do artigo 2° da Constituição e c) a data do plebiscito seria uma limitação temporal ao exercício da Competência de Reforma da Constituição, estando abrangida pela limitação implícita à Reforma, consistente na impossibilidade de se alterarem os limites à edição de Emendas à Constituição.

Em sessão de 4 de março de 1993, foi indeferida a liminar, pelo voto da maioria dos Ministros. O mérito das ADIn's foi julgado em 14 de abril de 1993, após informações do Congresso Nacional, manifestação da Advocacia Geral da União – AGU e parecer da Procuradoria Geral da República – PGR.

Esclareça-se, de antemão, que a grande relevância do julgado para nosso trabalho foi ter o STF mais uma vez reafirmada sua competência para o controle da constitucionalidade de emendas promulgadas sob a égide da Constituição de 1988. Note-se, a respeito, trecho da ementa:[159]

> Não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o STF competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional - no caso, a n. 2, de 25 de agosto de 1992 - impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas.

A AGU se manifestou pela constitucionalidade do ato atacado mediante parecer elaborado pelo então procurador Gilmar Ferreira Mendes, assim como pelo procurador Arthur Castilho Neto, texto aprovado pelo AGU José de Castro Ferreira, alegando em síntese, que o art. 2° do ADCT é ressalva expressa ao princípio do art. 2° da CF (sistema e forma de governo), sendo que

> ...a alteração não afeta, na substância, a decisão fundamental consagrada no artigo 2° do ADCT, porque o essencial aí é a própria definição do plebiscito e a conseqüência que se lhe atribuiu de produzir profunda modificação no próprio sistema constitucional, se for adotada a monarquia ou o sistema parlamentarista de governo.

Além do mais, acerca da alteração de competência do TSE, argumentou-se que

> O papel maior ou menor conferido ao Tribunal Superior Eleitoral, por outro lado, não afeta a decisão fundamental do constituinte, porque se trata de elementos de caráter processual-instrumental, necessários, mas não fundamentais à aludida decisão.

A PGR também opina pela improcedência da ação, alegando que o ADCT faz parte da Constituição, podendo ser emendado e que a decisão do plebiscito seria um limite tácito à competência reformadora, mas a data em si não estaria alcançada por tal limitação. A Emenda, assim, "cingiu-se a aspetos secundários e simplesmente instrumentais do artigo 2° do ADCT", e não a "...preceitos substanciais aí contidos, que, estes sim, traduzem limitações tácitas ou implícitas ao legislador constituinte derivado."

Ainda segundo a PGR, o que se pretendeu originariamente com o estabelecimento da data foi permitir que a consulta popular ocorresse antes da possibilidade de ocorrer a revisão constitucional prevista no artigo 3° do ADCT, ou seja, a partir de 05.10.1993. Cita, neste sentido, Fábio Konder Comparato e Ives Gandra da Silva Martins.

A sessão de julgamento do mérito da ADIn ocorreu em 14.04.93, ou seja, uma semana antes da realização do plebiscito na data prevista na Emenda Constitucional n° 2. Tal proximidade com o pleito gerou pesadas críticas da imprensa contra o STF, o que moveu o Ministro Moreira Alves, relator da ação, a registrar sua insatisfação com a citada "campanha injuriosa".

Em seu voto, Moreira Alves reafirma a competência do STF para o controle da constitucionalidade de emendas constitucionais[160], citando Orlando Bitar e o MS 20.257.[161]

Quanto ao mérito, o Ministro Moreira Alves entendeu que o ADCT integra o texto constitucional, não sendo o fato de conter exceções às regras do texto "permanente" hábil a caracterizar uma "imutabilidade". Ponderou-se, ainda, que não aplicar o processo de emendas equivaleria não à imutabilidade, mas à mutabilidade total, pois é este processo que confere rigidez à Carta Constitucional. Cita em seu abono Pontes de Miranda, em lição sobre a Constituição de 1967, argumentando ainda que a Constituição Alemã de Weimar aceitou várias emendas em dispositivos transitórios[162].

Já quanto à modificação de competência do TSE, entendeu o Relator que:

> ...quando se proíbe emenda constitucional que tenda a abolir o princípio da separação de Poderes, o que se pretende impedir é a adoção de preceitos, por via de emenda constitucional, que ameacem a estrutura da separação de Poderes existente na parte permanente da Constituição, e não, evidentemente, a

alteração dos princípios que mitiguem essa estrutura, por não se compatibilizarem rigorosamente com ela, e que, excepcionalmente, sejam adotados pela própria Constituição[163].

Acompanharam substancialmente o voto do relator os Ministros Sydney Sanches, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Francisco Rezek.

Dissentiram do entendimento do relator, em maior âmbito, o ministro Marco Aurélio e, em menor grau, os Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

Para Marco Aurélio não seria possível emendar o ADCT, já que, não obstante possuir status de norma constitucional, integra ele um documento autônomo.

Para o Ministro Marco Aurélio:

> Uma vez admitido o poder de emenda [ao ADCT], despido que é de contorno constituinte originário, aos Congressistas teria sido lícito, por exemplo, alterar o limite do mandato do Presidente da República em exercício em 1988, dos Governadores, VIce-Governadores, Prefeitos e Vice-Prefeitos de então, e o será quanto à data da própria revisão constitucional prevista no artigo 3° do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Sim, legítima a alteração da época do plebiscito que motivou a previsão, antecipando-a, nada impede que se proceda da mesma forma quanto à da revisão. O mesmo ocorre com a projeção no tempo dos atos previstos para ocorrerem em época certa e determinada.

Cita em seu abono Osvaldo Flávio Degrazia, Valmir Pontes Filho, Paulo Bonavides, Carmem Lúcia Antunes Rocha e parecer do Conselheiro Paulo Lopo Saraiva do Conselho Federal da OAB.

O Ministro Carlos Velloso sustenta seu posicionamento na configuração de limite temporal à competência reformadora relativa ao processo de revisão da Constituição:

> Senhor Presidente, os artigos 2° e 3° do ADCT não podem ser alterados pelo poder constituído, porque se referem ao próprio limite formal, contêm matéria relativa ao processo de revisão. As matérias relativas ao processo de emenda ou de revisão são intangíveis, não podem ser alteradas pelo poder de revisão, que é poder constituído.
>
> Ademais, a fixação da data do plebiscito, data fixada pelo poder constituinte originário, de forma expressa, constitui limitação ao poder constituinte derivado ou instituído, uma limitação implícita. Fixada a data do plebiscito de modo expresso, está implícita a proibição de alterá-la, de modificá-la, assim de antecipar a realização do plebiscito. A fixação da data do plebiscito constitui, portanto, limitação temporal[164].

Acrescenta ainda que, pela relevância da escolha do sistema e da forma de governo, quis o constituinte dar um tempo de maturação, de convívio com a

ordem constitucional, e de preparação e debate sobre eventuais mudanças, outra razão pela qual a antecipação não seria válida.

Para Sepúlveda Pertence[165], o plebiscito não é mero ato preparatório da revisão, mas um condicionante desta, de acordo com seu resultado. E assim a data do plebiscito seria um limite à alteração de normas constitucionais: "Se se estabelecem limites processuais ou materiais à reforma, creio que as normas que traçam esses limites ganham a mesma intangibilidade". E prossegue, com certa ironia, sustentando a relevância da escolha da data:

> Não me convenci de que a escolha do 7 de setembro e não do 21 de abril fosse um enaltecimento do constituinte de 1988 ao Grito do Ipiranga, em relação à Inconfidência Mineira; ou que constituísse já um momento inicial de propaganda subliminar da alternativa monárquica, ao preferir o Príncipe da Casa de Bragança à figura de Tiradentes. [...]
>
> Para início da revisão, o qüinqüênio, contado da promulgação da Constituição de 1988, tem para mim um nítido significado da existência de um período de experiência de vigência do texto a rever. Não se trata, a meu ver, *data venia*, apenas de assegurar um intervalo de estabilidade às instituições ditadas em 1988, mas também de reclamar um período de maturação a qualquer proposta reformista, a exigir o trânsito desses cinco anos da promulgação até o início da revisão. E, por isso, essa data inicial da revisão parece-me - e creio que também o afirmou o eminente Relator - notoriamente, inequivocadamente imutável.[166]

Não obstante tais (bons) argumentos dos Ministros vencidos, acabou prevalecendo o entendimento esposado no voto do Relator, Min. Moreira Alves, permitindo-se a realização do plebiscito em 21 de abril de 1993.

4.3.3 Questão de Ordem na ADC n° 1

A Emenda Constitucional n° 3, de 17 de março de 1993 (DOU 18.03.93) acrescentou um § 2° ao artigo 102 e um § 4° ao artigo 103 da Constituição, criando a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC no direito brasileiro. Eis a redação dos parágrafos enxertados:

> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.
> [...]
> § 4º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

Após a criação do instituto, via reforma constitucional, a Presidência da República, em conjunto com a Mesa da Câmara dos Deputados e a Mesa do Senado Federal, dele lançaram mão pela primeira vez em 03.08.1993, tendo em

vista a controvérsia que havia se instaurado acerca da constitucionalidade da Lei Complementar 70/91, instituidora da Contribuição de Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Antes de apreciar o mérito da primeira Ação Declaratória de Constitucionalidade, foi levantada Questão de Ordem pelo Relator, Ministro Moreira Alves, acerca da constitucionalidade da própria ação de controle concentrado, motivada, em grande parte, pelos argumentos deduzidos na ADIn 913, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, e que não foi conhecida por ausência de legitimidade ativa[167].

Ouvida a PGR, esta aduziu que a Emenda não viola cláusula pétrea, pois somente "visa à correção de uma situação particularmente grave de incerteza quanto à constitucionalidade de lei ou ato normativo". Vincula, todavia, o interesse de agir da ADC à grave controvérsia em torno da legitimidade da norma, apto a caracterizar um estado de dúvida.

Tendo a PGR se manifestado pela constitucionalidade da emenda quanto à criação da nova ação de controle, e não existindo causa hábil à manifestação da AGU (não havia presunção de constitucionalidade a defender) passou o Supremo ao julgamento da questão de ordem, em 27.10.93.

Em seu voto, Moreira Alves cita a justificativa da Proposta de Emenda Constitucional que gerou a EC 3/93, justificativa esta que, em síntese, sustenta que há “excessiva valorização” dos juízos de primeira instância, o que gera uma “subversão da hierarquia necessária”.[168]

Prossegue o Relator aduzindo que o novo instrumento criado pela EC 3/93 teria vantagens sobre a ADIn, já que esta, possuindo somente a eficácia *erga omnes*, não impediria que os juízes os Tribunais inferiores decidissem em sentido contrário ao STF quando fosse ela improcedente, declarando-se a constitucionalidade da norma[169]. O efeito vinculante da ADC, porém, somente abrangeria o quanto decidido no dispositivo do Acórdão.

Moreira Alves rejeita o argumento segundo o qual a ADC “destruiria o controle difuso de constitucionalidade”, pois a própria Constituição originária já previa a convivência de ambos os sistemas (concreto e abstrato). O crescimento do controle concentrado, por sua vez, ocorreu muito mais em razão da ampliação do rol de legitimados do que pela instituição da ADC. Não há que se falar, assim, em inconstitucionalidade por vulneração das independências da magistratura.

Logo à frente, Moreira Alves fixa a premissa que acabará por orientar todo seu voto, no sentido de ser o controle de constitucionalidade em abstrato um processo objetivo, no qual não há tutela de direitos subjetivos, mas mero confronto entre a Constituição e a norma objeto de controle.

Daí se conclui não ser possível haver violação a cláusulas pétreas, pois elas se aplicariam somente a processos subjetivos, de jurisdição ordinária, não de Jurisdição Constitucional Abstrata:

> ...os ataques que têm sido feitos à sua constitucionalidade, no tocante à criação dessa ação, se centralizam na alegação de ofensa às cláusulas pétreas previstas nos incisos III (a Separação de Poderes) e IV (os direitos e garantias individuais, que, no caso, seriam os relativos ao acesso ao Judiciário, ao devido processo legal, ao contraditório, e à ampla defesa).
>
> A improcedência desses ataques com relação à cláusula pétrea relativa aos direitos e garantias individuais é evidente em face de os instrumentos pelos quais se realiza o controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos - e a ação declaratória de constitucionalidade é um deles - terem a natureza de processos objetivos que visam ao interesse genérico de defesa da Constituição em seu sentido mais amplo, e aos quais, por essa natureza mesma, não se aplicam os preceitos constitucionais que dizem respeito exclusivamente a processos subjetivos (processo inter partes) para a defesa concreta de interesses de alguém juridicamente protegidos (sic).
>
> Ademais, se o acesso ao Judiciário sofresse qualquer arranhão por se afastar, nos casos concretos, a possibilidade de se utilizar do controle difuso de constitucionalidade para se argüir a inconstitucionalidade, ou não, de um ato normativo já objeto de decisão de mérito, extensível a todos, por qualquer dos instrumentos do controle concentrado em abstrato, esse arranhão decorreria da adoção do próprio controle concentrado, a qual se fez pelo Poder Constituinte Originário, e não exclusivamente da instituição de um de seus instrumentos como o é a ação declaratória de constitucionalidade[170].

Diz ainda que o Judiciário não se tornará mero "órgão consultivo" dos demais Poderes, vez que estabelece como pressuposto necessário à ADC a pré-existência de "controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade", que ponha em risco a presunção de constitucionalidade. Desta forma não haveria violação à Separação de Poderes, pois o STF, longe de responder a uma consulta, estaria outorgando segurança jurídica ao fixar a certeza da constitucionalidade ou não do dispositivo confrontado.

Moreira Alves expõe, também, outros princípios que deveriam reger a ADC até que sobreviesse lei própria regulando seu processo. Torna-se aplicável, no que cabível, o procedimento da ADIn, com algumas ressalvas, a saber: necessidade de juntar toda a documentação relativa ao processo legislativo do objeto de controle (para aferir a constitucionalidade formal), assim como de cópias de decisões judiciais hábeis a demonstrar a controvérsia existente acerca da constitucionalidade da norma. Ademais, dispensar-se-ia a manifestação do

AGU (haja vista não haver ataque à constitucionalidade para que haja defesa), mas colhe-se parecer do PGR, como *custos legis*. Aplica-se, ainda, o mesmo quorum da ADIn, no que tange à apreciação da constitucionalidade.

Ao final de seu voto, Moreira Alves deixa consignar acerca da razoabilidade em se admitir, como intervenientes no processo da ADC, os demais legitimados para a propositura da ADIn, ressaltando, todavia, que caberia à lei reguladora do instituto estabelecer tal possibilidade.

Na seqüência, o Ministro Sepúlveda Pertence proferiu voto no mesmo sentido, enaltecendo sua experiência como Procurador Geral da República. Segundo o Ministro, construiu-se na jurisprudência do Pretório Excelsa, ainda quando da vigência da Carta de 1967, a possibilidade de o PGR ajuizar ADIn em face de uma lei ou ato normativo para, em seguida, proferir parecer contrário, pela constitucionalidade da norma. A ADC, assim, nada mais seria senão uma evolução de tal prática[171], agora incorporada ao texto Constitucional. A única inovação da EC 3/93, segundo Pertence, seria a explicitação do efeito vinculante.

Quanto ao procedimento, Pertence manifesta a necessidade de um mínimo de contraditório, sugerindo uma comunicação pública acerca do ajuizamento da ADC para que haja intervenção possível dos demais legitimados da ADIn.

Seguiu-se na mesma sessão o voto dos Ministros Francisco Rezek e Ilmar Galvão, que também concordam com o Relator, sendo que Galvão também aderiu à necessidade do “mínimo de contraditório” aos demais legitimados para a ADIn, acerca do qual sugerira Pertence.

Depois dos quatro votos, o Ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos, trazendo-os de volta na sessão de julgamento de 27.10.93. Em seu voto, Marco Aurélio discordou do Relator, ao defender que o rol constitucional de garantias individuais restou relativizado por um único instrumento de processo objetivo, a ADIn, que não teria efeito vinculante (ao contrário da Ação Declaratória de Constitucionalidade) e conclui que a ADC, como formulada, viola o devido processo legal, pois atinge processos em curso sem que as partes do processo possam se opor previamente aos argumentos postos.

Marco Aurélio Mello entendeu ser cabível a intervenção do AGU, já que é possível a declaração de inconstitucionalidade da norma caso a ADC seja julgada improcedente. Ressalta ainda a importância do livre convencimento motivado dos juízes e ressalva, em argumento contra o efeito vinculante, a hipótese de o juiz poder utilizar fundamento não apreciado pelo STF no controle

abstrato.

Logo em seguida, proferiu voto o Ministro Carlos Velloso, acompanhando o Relator quanto à constitucionalidade da ADC com a ressalva da configuração da controvérsia judicial. Velloso sustentou também a necessidade de um contraditório mínimo, conforme defendido por Pertence e Galvão.

O Ministro Relator foi acompanhado, na integralidade de seu voto, pelos Ministros Francisco Rezek, Paulo Brossard, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Octavio Gallotti. A conclusão final da Corte foi pela Constitucionalidade da ADC, com a expressa ressalva da demonstração da controvérsia judicial que a justifique. Prevaleceu a não-intervenção do AGU no feito e, quanto ao contraditório do demais legitimados para ADIn, a proposta foi rejeitada, por se acolher o argumento segundo o qual poderiam eles provocar a manifestação do Pretório Excelso ajuizando a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O incidente restou assim ementado:

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03/93, NO TOCANTE A INSTITUIÇÃO DESSA AÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. TRAMITAÇÃO DA AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE. Incidente que se julga no sentido da constitucionalidade da emenda constitucional n. 3, de 1993, no tocante a ação declaratória de constitucionalidade.

Rejeitou-se, assim, a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n° 3, com a ressalva[172] de que deveria ser comprovada, na inicial, a controvérsia judicial concreta acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. É importante asseverar, todavia, que em nenhum momento deste julgamento o STF aferiu a constitucionalidade da Emenda em face do princípio da isonomia, vez que, sem motivo aparente, a legitimação para a ADC se firmou como mais restrita que a legitimação para a ADIn[173].

4.3.4 ADIn’s 926 e 939

Tendo sido afirmada e reafirmada, após a promulgação da Constituição de 1988, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal controlar a constitucionalidade de Emendas à Constituição, era chegada a hora de exercitar tal competência. Por meio das ADIn’s 926 e 939, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente pela primeira vez em sua história uma ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face de uma Emenda Constitucional.

Com a edição da Emenda Constitucional n° 3, de 17 de março de 1993 (DOU 18.03.93) o Congresso Nacional criou o "Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras – IPMF", como prevê seu artigo 2°:

> Art. 2º A União poderá instituir, nos termos de lei complementar, com vigência até 31 de dezembro de 1994, imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.
>
> § 1.º A alíquota do imposto de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.
>
> § 2.º Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o art. 150, III, b, e VI, nem o disposto no § 5.º do art. 153 da Constituição.
>
> § 3.º O produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo não se encontra sujeito a qualquer modalidade de repartição com outra entidade federada.
>
> § 4.º Do produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo serão destinados vinte por cento para custeio de programas de habitação popular[174].

Segundo dispunha o texto da Emenda, o tributo deveria começar a ser arrecadado a partir do mês de agosto do mesmo ano, tendo abrangência sobre "movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira". Assim, as instituições financeiras seriam responsáveis por arrecadar o tributo à alíquota de 0,25% de cada movimentação financeira de seus clientes, transferindo o montante para os cofres públicos federais.

O legislador, prevendo uma possível insurgência contra o IPMF, dada a aparente contrariedade com dispositivos constitucionais – inciso III, "b" e inciso VI, ambos do art. 150, da Constituição, veiculadores dos chamados "princípio da imunidade recíproca[175]" e "princípio da anterioridade[176]" –, tentou, nas palavras de Oscar Vilhena Vieira[177], "harmonizar o conteúdo da emenda ao da Constituição", ao estabelecer uma suposta exceção aos princípios da imunidade recíproca e da anterioridade.

Foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade tendo por objeto a exigência do IPMF com base na citada Emenda. A ADIn 926 foi proposta em 25.08.93 em conjunto pelos Governadores dos Estados do Paraná, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul e Tocantins, que argüiam a inconstitucionalidade do § 2° do artigo 2° da EC 3/93, em virtude de violação ao princípio da "imunidade recíproca" (150, VI, "a" da Carta) que, por sua vez, seria um elemento essencial à manutenção do equilíbrio federativo, protegido pelo art. 60, §4º, I, como cláusula pétrea. Alegou-se, também, violação aos

enunciados dos artigos 1°, 18, 150, III, “b” e 154, I da CF/88[178].

Na mesma ação, foi requerida medida liminar no sentido de suspender a cobrança do tributo ali impugnado no que atine aos Estados Autores, face à alegada violação do princípio da imunidade recíproca, decorrente do artigo 150, VI, “a” da Carta.

Já a ADIn 939, foi ajuizada em 08.09.93 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio, em face tanto da Emenda Constitucional n° 3 quanto da Lei Complementar n° 77/93, instituidora do tributo. Argüiu-se, na ação, que a norma constitucional instituidora do IPMF violava, significativamente, o principio da anterioridade – estabelecido no art. 150, III, “b” -, definido como garantia individual e, por conseguinte, também cláusula pétrea.

No julgamento da Medida Cautelar na ADIn 926-5, ocorrido na sessão do dia 01.09.93, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que o IPMF contradizia o principio federativo, sendo inconstitucional sua exigência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Para o relator do processo, Min. Sydney Sanches, a imunidade tributária “é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios”.[179]

Segundo relatado na sessão de julgamento, a imunidade recíproca passou a fazer parte do regime constitucional brasileiro como elemento estrutural da federação em 1891, tendo origem histórica no direito constitucional americano[180].

Tal teoria – trazida do direito americano por Rui Barbosa, na elaboração da Constituição de 1891, segundo o Relator – foi acolhida unanimemente pelo STF como principal fator para que a emenda constitucional tivesse, liminarmente, sua eficácia suspensa nesse ponto.

De acordo com o voto do Ministro Celso de Mello, “o ato estatal ora questionado parece transgredir o postulado da federação, que constitui um dos princípios nucleares da organização política brasileira”. Ademais, é ínsito à citada forma de Estado uma “necessária igualdade político-jurídica entre as unidades que compõem o Estado Federal”. Somente a partir

> ...desse vínculo isonômico, que pacifica as pessoas estatais dotadas de capacidade política, deriva como uma das conseqüências mais expressivas, a vedação – dirigida a cada um dos entes federados – de

instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e os serviços, uns dos outros.[181]

Os ministros afirmaram no julgamento da cautelar que a imunidade recíproca é um elemento imprescindível à preservação institucional das próprias unidades que compõem a Federação. Tal fundamento foi considerado suficiente pelo Relator e pela maioria dos Ministros, sem que fossem apreciadas, em sede de liminar, as violações aos demais dispositivos constitucionais citados pelos Estados Federados na inicial.

O Ministro Marco Aurélio, todavia, levanta a discussão acerca da violação ao princípio da anterioridade, deferindo a liminar, em princípio, em maior extensão para suspender, também em prol dos demais contribuintes, a cobrança do IPMF até o final do exercício de 1993. Disse o Ministro:

> ...não posso, de modo algum, assentar a existência de um princípio consagrado pela Carta, um princípio translúcido nessa mesma Carta, que possa, mediante uma estratégia - uma estratégia até mesmo casuística, porque, no caso, específica - ser simplesmente colocado em plano secundário[182].

Logo depois o Ministro Marco Aurélio voltou atrás em razão de o pedido de liminar deduzido pelos Estados ter se limitado ao fundamento da imunidade recíproca. A limitação formal do pedido, porém, não impediu o Ministro Celso de Mello de ir mais além em sua fundamentação, analisando ainda a não observância das imunidades previstas nas demais alíneas do inciso VI[183] do artigo 150 da CF/88:

> A norma objeto da presente ação direta, em suma, ao afastar as hipóteses tradicionais de imunidade tributária, permite que a União Federal, com a nova exação fiscal, interfira, de modo direto, na área sensível da liberdade de manifestação do pensamento possibilitando a tributabilidade de atividades inerentes ao exercício da liberdade de culto e da liberdade de informação.

A despeito dos posicionamentos lançados pelos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, o julgamento da liminar resultou em seu deferimento somente para suspender a cobrança em face dos Estados Federados, assim como do Distrito Federal e dos Municípios brasileiros. Permanecia a EC 3/93, porém, em pleno vigor em relação à instituição de competência tributária para o IPMF a ser cobrado dos demais contribuintes.

Não seria absurdo raciocinar que o caráter restrito da liminar deferida na ADIn 926 foi o estopim para o ajuizamento da ADIn 939 (que impugnava também a Lei Complementar 77/93, a qual será objeto de tópico próprio), que ocorreu exatamente uma semana após a sessão em que julgada a medida cautelar. Nela se requeria nova medida liminar, agora para suspender a cobrança

do tributo até o final do exercício de 1993.

A liminar em questão foi deferida, por maioria em sessão de julgamento ocorrida em 15.09.93, no sentido de suspender, até 31.12.93, os efeitos do art. 2º e seus parágrafos, da Emenda Constitucional nº 03, de 17.3.93, bem como da lei complementar nº 77, de 13.7.93. Restaram vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que deferiram em maior extensão a cautelar, e os Ministros Francisco Rezek, Moreira Alves e Octavio Gallotti, que a indeferiram.

A Advocacia-Geral da União - AGU apresentou sua defesa no sentido de que a EC n° 3/93 seria compatível com a Constituição, na medida em que, mesmo criando limitações aos direitos citados na inicial da ADIn, não se atentava contra o cerne das cláusulas pétreas. Assim, afirmaram que a emenda apenas ampliava limitações anteriormente existentes ao princípio da anterioridade, não tendendo a abolir direitos fundamentais.

A AGU argumentou ainda que os direitos e garantias apresentados no art. 60, § 4º, IV da Carta Magna de 1988 não incluem todos os direitos e garantias expressos na Constituição, decorrentes de regimes e dos princípios adotados por ela, ou dos Tratados assinados pela República Federativa do Brasil, mas apenas aqueles que são essenciais à liberdade humana.

A Procuradoria-Geral da República opinou em parecer pela constitucionalidade da Emenda, argumentando que

> ...o núcleo imutável [...] de que trata o § 4°, IV, do art. 60 da Constituição Federal é composto dos direitos e garantias que digam respeito diretamente à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, e que, ali, no caput do art. 5º, vêm reforçados por uma cláusula de inviolabilidade [...]. E, por outro lado, é exatamente o caráter universal e intemporal destes direitos e garantias, ligados mais estritamente às esferas biológica, psicológica e espiritual do ser humano (com exceção talvez do direito à propriedade, se considerando sob um prisma absolutista), que, estando livres de maiores controvérsias, provavelmente inspira o constituinte originário a inseri-los entre as cláusulas pétreas.
> [...]
> O princípio da anterioridade, por mais valioso que seja para o contribuinte, não está ligado estritamente às esferas biológica, psicológica e espiritual do ser humano. E nem possui um caráter universal e intemporal. Não se caracteriza, pois, como um direito ou garantia individual que, na forma do art. 60, § 4°, inciso IV, da CF, seja insuscetível de modificação, suspensão ou abolição.

Quanto às imunidades do inciso VI do artigo 150, opinou o PGR pela procedência da ADIn, embora tenha recomendado sua improcedência quanto à alegada violação aos princípios da não-cumulatividade e da vedação de bi-tributação.

O julgamento do mérito ocorreu em 15.12.93, iniciando-se com o Voto do Ministro Sydney Sanches. Este julgou procedente a ADIn somente quanto à violação ao princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”) e à imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, “a”). Quanto às demais imunidades (alíneas “b”, “c” e “d” do artigo 150, VI), considerou, após retificação de voto, também serem cláusulas pétreas, o mesmo não ocorrendo quanto aos princípios da não-cumulatividade e da vedação de bi-tributação (no que, neste último pormenor, foi acompanhado pelos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Néri da Silveira):

> No que respeita à argüição de inconstitucionalidade, fundada na violação ao princípio que coíbe a bitributação e a não-cumulatividade, tenho-a por improcedente.
>
> Tais vedações são dirigidas à lei complementar, quando institui tributo não previsto pela própria Constituição (inciso I do art. 154), ou seja, quando a União exerce sua competência legislativa tributária residual. Mas, quando a Constituição é emendada e a emenda autoriza a instituição do tributo novo, não opera a norma em questão.[184]

Posteriormente, votou o Ministro Sepúlveda Pertence, que considerou não ser o princípio da anterioridade cláusula pétrea, assim entendendo, todavia, no que tange a todas as imunidades do inciso VI do artigo 150, já que:

> ...constituem, todas elas, instrumentos de salvaguarda fundamentais de princípios, liberdades e direitos básicos da Constituição, como liberdade religiosa, de manifestação do pensamento, pluralismo político do regime, a liberdade sindical, a solidariedade social, o direito à educação e assim por diante.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, votou pela inconstitucionalidade integral da EC 3/93, no que outorgou competência para criar o IPMF. Citando expressamente o § 2° do artigo 5° da Constituição, o Ministro defendeu a fundamentalidade do princípio da anterioridade e a violação às imunidades do inciso VI do artigo 150 da CF/88. Porém, a menção à “cláusula de abertura” do § 2° do artigo 5° se deu para possibilitar ao Ministro sustentar o caráter fundamental de outros preceitos constitucionais, como os artigos 145, § 1°, 153, § 5°, 154, I.

Acompanharam o Relator os Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello, Paulo Brossard e Néri da Silveira. O Ministro Octavio Gallotti, por sua vez, entendeu haver violação somente ao princípio da imunidade recíproca. Não votaram, por estarem ausentes, os Ministros Moreira Alves e Francisco Rezek.

Assim restou ementado o Acórdão da histórica ADIn 939[185]:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL E DE LEI COMPLEMENTAR. I.P.M.F. IMPOSTO PROVISORIO

SOBRE A MOVIMENTAÇÃO OU A TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - I.P.M.F. ARTIGOS 5., PAR. 2., 60, PAR. 4., INCISOS I E IV, 150, INCISOS III, "B", E VI, "A", "B", "C" E "D", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originaria, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributaria recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I,e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em conseqüência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

Assim, no julgamento ocorrido em 15.12.93, o STF firmou importante precedente, ao declarar, pela primeira vez em sua história, a inconstitucionalidade integral de uma norma constitucional, por considerar que tanto o princípio da anterioridade quanto as imunidades tributárias do inciso VI do artigo 150 da Lei Maior estão acobertadas sob a proteção do artigo 60, § 4°, inciso IV da mesma Carta, dado o seu caráter de fundamentalidade, excluindo do sistema os enunciados.

4.3.5 ADInMC 1805

A ADIn 1805 foi ajuizada 18.03.1998 pelos seguintes partidos políticos: Partido Democrático Trabalhista – PDT, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Comunista do Brasil – PcdoB e Partido Liberal – PL, em face, no que nos interessa[186], do artigo 1° da Emenda Constitucional n° 16/97, na parte em que, alterando a redação do § 5° do artigo 14 da Constituição, instituindo a possibilidade de reeleição do Presidente da República, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal e dos Prefeitos

Na redação do dispositivo conferida pelo artigo 1° da Emenda[187], dispôs

o § 5º que os Chefes do Poder Executivo em âmbito municipal, estadual e nacional "...e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subseqüente"[188].

Requerem os Partidos Autores a interpretação conforme à Constituição do disposto na norma constitucional impugnada, no sentido de obrigar o Chefe do Executivo que pretenda a reeleição a renunciar ao cargo em até seis meses antes do pleito. É apontada violação, pelo dispositivo constitucional introduzido, dos disposto nos artigos 1°, V, 5°, LV, 5° § 2°, 14, §§ 6°, 7° e 9°, 17 e 37 para fundamentar a inobservância do art. 60, § 4°, IV da Constituição. Em síntese, os Autores sustentam que os pretendentes à reeleição da Chefia do Executivo deveriam, assim como prevê a norma do § 6° do artigo 14 da Lei Maior, renunciar no prazo de até seis meses antes das eleições, em respeito ao pluralismo político, à proporcionalidade/razoabilidade, à isonomia e à moralidade administrativa[189].

Designado Relator o Ministro Néri da Silveira, foi a ADIn incluída na pauta da sessão do dia 26.03.1998, para análise do pedido de liminar. Após lido o relatório, passou o Ministro Relator a seu voto, que inicia fazendo minuciosa retrospectiva acerca da interpretação dada pelo TSE à EC 16/97, assim como acerca da possibilidade de o STF realizar o controle de constitucionalidade em abstrato de norma decorrente de Emenda à Constituição.

Ponderando acerca dos limites à Competência Revisora do Congresso, o Relator destaca a importância do § 2° do artigo 5° da Constituição, assim como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como parâmetro do controle de constitucionalidade das Emendas, enumerando vários julgados do STF favoráveis à utilização de tais instrumentos para o controle da validade de leis restritivas de direitos fundamentais.

Porém, entendeu o Ministro Néri da Silveira que as cláusulas da razoabilidade e da proporcionalidade não podem ser invocadas de forma a tornar o STF substituto do Congresso, atuando como legislador negativo. Eis trecho de seu voto que bem resume a questão:

> Se o constituinte derivado deveria ter incluído a cláusula da exigência de afastamento definitivo do titular, seis meses antes do pleito, tal como a matéria foi efetivamente discutida no Congresso Nacional, ou não, resultou isso de decisão política que não pode ser, aqui, confrontada, a ponto de alterar-se o conteúdo do preceito constitucional, por via de exegese da norma do art. 14, § 5°, em vigor, da Lei Magna, a fim de, nele, introduzir exigência que o constituinte reformador não quis fazê-la. Se é difícil admitir, como sustentam os autores, que para concorrer ao mesmo cargo não há necessidade de renúncia,

> fazendo-se esta necessária quando o titular pretenda disputar cargo diverso (Constituição art. 14, §§ 5° e 6°), certo é que não cabe corrigir tal disposição em juízo de controle de constitucionalidade, onde a Corte desempenha função de legislador negativo e não de legislador positivo, para exigir, restringindo direitos, o que não foi estabelecido como condição pelo legislador constituinte, o qual optou, é exato, pela dispensa da cláusula de afastamento.
> [...]
> Do exposto, mesmo se coubesse, aqui, conhecer da ação, no ponto , para declarar inconstitucional determinada interpretação conferida a regra da Constituição, introduzida por emenda à Carta Magna, não poderia prosperar a pretensão nos termos em que se deduz.[190]

Considerou o Relator que a norma do § 6° do artigo 14 da Constituição é norma de inelegibilidade, ao passo que a presente no § 5°, a despeito de ter mesma natureza jurídica antes da Emenda Constitucional n° 17/96, passou a ser considerada norma de elegibilidade, não havendo então que se aplicar desincompatibilização do cargo se sua literalidade isto não previu. A este entendimento aderiram os Ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Após o Relator, votou o Ministro Marco Aurélio, sustentando que viabilizar a disputa de reeleição sem a desincompatibilização do cargo seria um enorme paradoxo, não admissível no sistema constitucional.

O Ministro invoca, ainda, que no processo legislativo de que resultou a EC 16/97 havia previsão expressa desta permanência no cargo, previsão esta que foi posteriormente suprimida, o que indicaria a vontade do Legislador Reformador em submeter o Chefe do Executivo a uma desincompatibilização:

> Senhor Presidente, a PEC, que deu origem à Emenda n° 16/97, que afastou do cenário jurídico-constitucional, é certo, a impossibilidade de caminhar-se para uma candidatura, objetivando a reeleição, era explícita quanto à permanência dos detentores de mandatos eletivos nos cargos ocupados. Aí, tivemos uma emenda supressiva, votada, e, então, realmente, suprimiu-se essa cláusula permissiva da permanência no cargo. Isso, a meu ver, não ocorreu sem uma razão, sem uma justificativa plausível; não ocorreu em descompasso com a razoabilidade e com o princípio da proporcionalidade alusivos a toda e qualquer Constituição. A supressão verificada em uma votação expressiva visou, justamente, a compatibilizar o teor da proposta de emenda com o sistema consagrado pela Carta de 1988, observando uma tradição do nosso Direito constitucional.

O Ministro Carlos Velloso também acompanhou o Relator, ressaltando, porém, em razão do voto do Ministro Marco Aurélio, que “a reelegibilidade apóia-se no princípio da continuidade administrativa, incompatível com a desincompatibilização ou com a renúncia num certo espaço de tempo anterior à eleição”[191]. Aduz, também, que a inelegibilidade, como exceção, deve comportar interpretação restrita, consistindo-se a apontada omissão acerca da desincompatibilização “silêncio eloqüente do legislador constituinte que não

cabe ao intérprete preencher”[192].

Também acompanhou o Relator o Ministro Moreira Alves, que manifestou ainda sua propensão a não conhecer da ação, por entender que não foi sequer alegada a abolição de nenhum direito fundamental.

Assim, por julgamento majoritário, foi indeferida a liminar requerida pelos Partidos Autores, em julgamento cuja ementa foi a seguinte (DJU 14.11.03):

> Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 14, § 5º, da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 16/1997. 3. Reeleição do Presidente da República, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal e dos Prefeitos, bem como dos que os hajam sucedido ou substituído no curso dos mandatos, para um único período subseqüente. 4. Alegação de inconstitucionalidade a) da interpretação dada ao parágrafo 5º do art. 14 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional nº 16/1997, ao não exigir a renúncia aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito, para o titular concorrer à reeleição; b) do § 2º do art. 73 e do art. 76, ambos da Lei nº 9.504, de 30.7.1997; c) das Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral nºs 19.952, 19.953, 19.954 e 19.955, todas de 2.9.1997, que responderam, negativamente, a consultas sobre a necessidade de desincompatibilização dos titulares do Poder Executivo para concorrer à reeleição. 5. Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, no que concerne às Resoluções referidas do TSE, em respostas a consultas, porque não possuem a natureza de atos normativos, nem caráter vinculativo. 6. Na redação original, o § 5º do art. 14 da Constituição era regra de inelegibilidade absoluta. Com a redação resultante da Emenda Constitucional nº 16/1997, o § 5º do art. 14 da Constituição passou a ter a natureza de norma de elegibilidade. 7. Distinção entre condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade. 8. Correlação entre inelegibilidade e desincompatibilização, atendendo-se esta pelo afastamento do cargo ou função, em caráter definitivo ou por licenciamento, conforme o caso, no tempo previsto na Constituição ou na Lei de Inelegibilidades. 9. Não se tratando, no § 5º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 16/1997, de caso de inelegibilidade, mas, sim, de hipótese em que se estipula ser possível a elegibilidade dos Chefes dos Poderes Executivos, federal, estadual, distrital, municipal e dos que os hajam sucedido ou substituído no curso dos mandatos, para o mesmo cargo, para um período subseqüente, não cabe exigir-lhes desincompatibilização para concorrer ao segundo mandato, assim constitucionalmente autorizado. 10. Somente a Constituição poderia, de expresso, estabelecer o afastamento do cargo, no prazo por ela definido, como condição para concorrer à reeleição prevista no § 5º do art. 14, da Lei Magna, na redação atual. 11. Diversa é a natureza da regra do § 6º do art. 14 da Constituição, que disciplina caso de inelegibilidade, prevendo-se, aí, prazo de desincompatibilização. A Emenda Constitucional nº 16/1997 não alterou a norma do § 6º do art. 14 da Constituição. Na aplicação do § 5º do art. 14 da Lei Maior, na redação atual, não cabe, entretanto, estender o disposto no § 6º do mesmo artigo, que cuida de hipótese distinta. 12. A exegese conferida ao § 5º do art. 14 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional nº 16/1997, ao não exigir desincompatibilização do titular para concorrer à reeleição, não ofende o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, como pretende a inicial, com expressa referência ao art. 5º, § 2º, da Lei Maior. 13. Não são invocáveis, na espécie, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, da isonomia ou do pluripartidarismo, para criar, por via exegética, cláusula restritiva da elegibilidade prevista no § 5º do art. 14, da Constituição, na redação da Emenda Constitucional nº 16/1997, com a exigência de renúncia seis meses antes do pleito, não adotada pelo constituinte derivado. 14. As disposições do art. 73, § 2º, e 76, da Lei nº 9.504/1997, hão de ser visualizadas, conjuntamente com a regra do art. 14, § 5º, da Constituição, na redação atual. 15. Continuidade administrativa e reeleição, na concepção da Emenda Constitucional nº 16/1997. Reeleição e não afastamento do cargo. Limites necessários no exercício do poder, durante o período eleitoral,

sujeito à fiscalização ampla da Justiça Eleitoral, a quem incumbe, segundo a legislação, apurar eventuais abusos do poder de autoridade ou do poder econômico, com as conseqüências previstas em lei. 16. Não configuração de relevância jurídica dos fundamentos da inicial, para a concessão da liminar pleiteada, visando a suspensão de vigência, até o julgamento final da ação, das normas infraconstitucionais questionadas, bem assim da interpretação impugnada do § 5º do art. 14 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional nº 16/1997, que não exige de Chefe de Poder Executivo, candidato à reeleição, o afastamento do cargo, seis meses antes do pleito. 17. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, tão-só, em parte, e indeferida a liminar na parte conhecida.

Após o julgamento acima, foram solicitadas informações do Congresso Nacional e do Presidente da República. A AGU se manifestou defendendo a plena constitucionalidade da emenda, tendo se posicionado a PGR no mesmo sentido em seu parecer. Após substituição do Relator, dada a aposentadoria do Ministro Néri da Silveira, foi designado para o feito o Ministro Gilmar Mendes, a quem foram remetidos os autos conclusos em 01.12.2003, assim permanecendo até o limite temporal de nossa pesquisa.

4.3.6 ADInMC 2024

A ADIn 2.024 foi ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul e teve por objeto o § 13 do artigo 40 da Constituição Federal, incluído no Texto da Carta pelo artigo 1° da Emenda Constitucional n. 20/98. Eis o texto da norma impugnada:

Art. 40[193]. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
[...]
§13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

Insurgiu-se o Estado autor em face do citado dispositivo sob o argumento que a transferência das contribuições dos servidores comissionados, assim como dos empregados públicos estaduais, para o Regime Geral de Previdência Social (em oposição à situação anterior, em que tais sujeitos contribuíam para o regime específico mantido pelo próprio Estado), tendia a abolir a Federação, ultrapassando o limite material do artigo 60, §4°, inciso I da CF/88.

Também se utilizou, como fundamento, a violação conjunta do artigo 18, do então[194] parágrafo único do artigo 149 e do artigo 150, VI, alínea “a”, todos da Constituição, enunciadores, respectivamente, do princípio Federativo, da

competência tributária estadual e municipal para cobrar contribuição social específica de seus servidores para financiamento de sistema próprio de seguridade social, e da imunidade recíproca.

Foi requerida medida liminar, com fundamento na violação do princípio Federativo e no perigo de dano irreparável aos cofres públicos caso iniciassem os recolhimentos das contribuições ao Regime Geral.

Após prestadas informações pelo Presidente do Senado, foi a ADIn incluída na sessão do dia 27.10.1999, ocasião em que, após regular relatório, foi proferido voto pelo Relator, Ministro Sepúlveda Pertence. Este, após fazer breve recapitulação da possibilidade de o STF controlar a constitucionalidade de Emendas à Constituição (citando todos os acórdãos aqui relatados, com exceção das ADIn's 1749 e 2242[195]), proclamou:

> Ao conceito de Federação na Teoria Geral do Estado correspondem algumas características específicas de identificação, quais a discriminação constitucional das esferas de competência da ordem central e das ordens descentralizadas;a inclusão na última de certa autonomia constitucional dos Estados-membros; a rigidez da Constituição Federal total, e a garantia de sua efetividade por um mecanismo eficaz - ao que parece, universalmente, de caráter jurisdicional - dedicado ao controle da constitucionalidade, perante ela, das normas do ordenamento central e dos ordenamentos territorialmente descentralizados, além, geralmente, da participação dos Estados federados - quase sempre por sua igual representação no Senado- no processo de formação do direito federal.
>
> Concorrendo, porém, esses caracteres típicos essenciais, a partri deles, as Federações apresentam, no Direito Comparado uma multiplicidade de variações que já não comportam inclusão num conceito unívoco e de validez geral, embora muitas vezes de particular relevância no modelo concreto de que se cogita.
>
> Por isso - a exemplo do que sucede com o princípio da separação dos Poderes (v.g., ADIns 98/MT e 105/MG, Pertence) - também o da "forma federativa de Estado", princípio erigido em "cláusula pétrea" de todas as Constituições da República - como tal, não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição.
>
> Não são tipos ideais de princípios e instituições que é lícito supor tenha a Constituição tido a pretensão de tornar imutáveis, mas sim as decisões políticas fundamentais, frequentemente compromissório, que se materializaram no seu texto positivo.
>
> O resto é metafísica ideológica.

Com tais incisivas palavras, Sepúlveda Pertence rebateu o argumento estadual de violação à Federação, haja vista que o princípio federativo plasmado na Carta promulgada em 05.10.1988 já era centralizador por natureza[196]. Logo, poderia a União sujeitar os servidores estaduais de cargo comissionado e os empregados públicos estaduais ao Regime Geral até mesmo pela edição de

lei, exercitando a competência prevista no artigo 25 da Constituição.

Assim, se mera lei poderia tomar tal providência, sem afetar a Federação, com muito mais razão há de negar inconstitucionalidade a uma Emenda Constitucional que tome idêntica providência.

Aduz o Ministro Relator, ainda, que a limitação material prevista no artigo 60, § 4°, inciso I, da Lei Maior visa preservar o núcleo essencial do instituto da Federação, estando longe de imunizá-lo contra mudanças quaisquer. Tanto isto é verdade que a intenção expressa do Constituinte foi evitar emendas que fossem "tendentes a abolir" um dos bens jurídicos protegidos.

Por fim, são rechaçadas as supostas violações aos artigos 149, parágrafo único, e 150, VI, alínea "a", sob a fundamentação que o primeiro teria reduzido a abrangência do significado do vocábulo "servidores", para compreender somente os servidores concursados, e de que o segundo não teria aplicabilidade às contribuições sociais, sendo restrito aos impostos.

O voto do Ministro Relator foi acompanhado pela unanimidade dos Ministros presentes à sessão, tendo-se indeferido o pedido de liminar em acórdão assim ementado e publicado no Diário da Justiça de 01.12.2000:

> I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - afirmado no STF desde 1926 - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente. II. Previdência social (CF, art. 40, . 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego publico ao regime geral da previdência social: argüição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a .forma federativa do Estado|| (CF, art. 60, . 4., I): implausibilidade da alegação: medida cautelar indeferida. 1. A .forma federativa de Estado|| - elevado a principio intangível por todas as Constituições da Republica - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto as futuras emendas a Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, . 4., da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originaria, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. 2. A vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originaria da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afeta-lo. 3. Já assentou o Tribunal (MS 23047 - ML, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, .e assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, assim como as normas relativas as respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originaria do regime dos servidores públicos inclusive a do seu regime previdenciário já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se a observância de todas as unidades federadas, ainda quando com base no art. 149, parag. único que a proposta não altera organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores||: analise da

evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, ate a recente reforma previdenciária. 4. A matéria da disposição discutida e previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que a União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, . 2.): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados- membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda. 5. Parece não ter pertinência o principio da imunidade tributaria recíproca - ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos - a contribuição estatal para o custeio da previdência social dos servidores ou empregados públicos. 6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha a constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta.

Depois de defendida a constitucionalidade do ato pelo Advogado Geral da União e emitido parecer pelo Procurador Geral da República, este no sentido da constitucionalidade do dispositivo impugnado, os autos restaram conclusos ao Relator, em 12.08.2003, não tendo sido julgado o processo até a data limite de nossa pesquisa.

Destaca-se que, no julgamento da liminar, os Ministros do STF se prenderam muito mais à literalidade do texto constitucional do que a uma formulação ideal dos princípios nele plasmados. Também se prestigiou o elemento histórico da interpretação, buscando-se as origens da Federação Brasileira, desde a Constituição Republicana de 1891.

4.3.7 ADIn 2.666

A presente Ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL) em 13.06.2002, argüindo a inconstitucionalidade do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 37, de 12.06.2002, na parte em que adicionou os artigos 84 e 85, abaixo transcritos, ao Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias, que prorrogavam (pela segunda vez) a cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza Financeira - CPMF:

Art. 84. A contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, prevista nos arts. 74, 75 e 80, I, deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, será cobrada até 31 de dezembro de 2004.

§ 1º Fica prorrogada, até a data referida no caput deste artigo, a vigência da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, e suas alterações.

§ 2º Do produto da arrecadação da contribuição social de que trata este artigo será destinada a parcela correspondente à alíquota de:

I - vinte centésimos por cento ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde;

II - dez centésimos por cento ao custeio da previdência social;

III - oito centésimos por cento ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, de que tratam os arts. 80 e 81 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 3º A alíquota da contribuição de que trata este artigo será de:

I - trinta e oito centésimos por cento, nos exercícios financeiros de 2002 e 2003;

II - oito centésimos por cento, no exercício financeiro de 2004, quando será integralmente destinada ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, de que tratam os arts. 80 e 81 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 85. A contribuição a que se refere o art. 84 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não incidirá, a partir do trigésimo dia da data de publicação desta Emenda Constitucional, nos lançamentos:

I - em contas correntes de depósito especialmente abertas e exclusivamente utilizadas para operações de:

a) câmaras e prestadoras de serviços de compensação e de liquidação de que trata o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001;

b) companhias securitizadoras de que trata a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997;

c) sociedades anônimas que tenham por objeto exclusivo a aquisição de créditos oriundos de operações praticadas no mercado financeiro;

II - em contas correntes de depósito, relativos a:

a) operações de compra e venda de ações, realizadas em recintos ou sistemas de negociação de bolsas de valores e no mercado de balcão organizado;

b) contratos referenciados em ações ou índices de ações, em suas diversas modalidades, negociados em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros;

III - em contas de investidores estrangeiros, relativos a entradas no País e a remessas para o exterior de recursos financeiros empregados, exclusivamente, em operações e contratos referidos no inciso II deste artigo.

§ 1º O Poder Executivo disciplinará o disposto neste artigo no prazo de trinta dias da data de publicação desta Emenda Constitucional.

§ 2º O disposto no inciso I deste artigo aplica-se somente às operações relacionadas em ato do Poder Executivo, dentre aquelas que constituam o objeto social das referidas entidades.

§ 3º O disposto no inciso II deste artigo aplica-se somente a operações e contratos efetuados por intermédio de instituições financeiras, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários e sociedades corretoras de mercadorias.

O autor da ação, primeiramente, alegou inconstitucionalidade formal, visto que após a aprovação da Proposta de Emenda na Câmara dos Deputados, em dois turnos, foi encaminhada ao Senado Federal, onde sofreu alteração substancial e, em seguida, foi promulgada diretamente.

Sustentou-se, assim, violação ao artigo 60, § 2° da Constituição Federal. Consistiu a citada alteração substancial na supressão, do texto aprovado na Câmara, da previsão de observância dos noventa dias a que se refere o § 6° do art. 195 da CF (princípio da anterioridade nonagesimal). Visava o Senado, com tal mudança, permitir que a cobrança do tributo se desse imediatamente após a publicação da Emenda, sem que houvesse a necessidade de aguardar o citado prazo.

Por outro lado, ressaltou o autor também a inconstitucionalidade material do dispositivo, na medida em que o prazo de noventa dias do artigo 195, § 6° poderia ser entendido como uma garantia constitucional do contribuinte – já que ligado à anterioridade do artigo 150, III, "b", assim considerada pelo STF na ADIn 939. Logo, estaria ele também inserto na limitação material à competência reformadora, conforme previsto no art. 60, § 4º, IV da Carta Política. Foi requerida medida liminar, para sustar a eficácia da emenda impugnada.

Como pedido final, foi requerida a pronúncia de inconstitucionalidade dos artigos 84 e 85, assim como dos artigos 74, 75 e 80, inciso I, todos do ADCT, estes últimos por manterem conexão umbilical com os primeiros e a decretação de inconstitucionalidade daqueles também os afetaria.

Em despacho datado de 14.06.2002, decidiu a Relatora, Ministra Ellen Gracie Northfleet, aplicar o artigo 12 da Lei 9.868/99[197], de forma a provocar uma rápida manifestação da Corte.

O advogado-Geral da União sustentou a constitucionalidade do dispositivo da Emenda Constitucional 37 sob o fundamento de que a questão impugnada é de caráter *interna corporis* do Congresso Nacional, por dizer respeito a normas do respectivo Regimento Interno, que seriam imunes ao Poder Judiciário. De acordo com o art. 312 do Regimento Interno do Senado Federal, afirmou que a questão foi objeto de votação em separado, o que não invertia o sentido da proposição nem a modificaria substancialmente. Entendeu, ainda, que a referida emenda constitucional estendeu a vigência da Lei 9.311/96 até 31.12.2004, mantendo todos os elementos constitutivos da CPMF, não sendo cabível alegar que foram instituídas ou modificadas as contribuições sociais a que se refere o § 6º do art. 195 da Constituição. Assim, afirmou que deixar de considerar esse preceito ao caso concreto não teria caráter de modificação substancial da Emenda. Sustentou ainda o AGU que, mesmo que se admitisse a hipótese da alteração substancial do texto no Senado Federal, ainda assim não haveria inconstitucionalidade, pois o que dispõe o parágrafo único do art. 65 da CF não é

aplicado à Emenda Constitucional, pois se refere apenas a projetos de lei. Logo, levando em consideração que o art. 60 da Carta, relativo às Propostas de Emenda, não faz referência ao retorno da proposta à casa iniciadora, exigindo apenas que as Casas se manifestem 2 (duas) vezes (art. 60, § 2º), não haveria inconstitucionalidade formal na Emenda n° 37. Finalmente, sustentou que o princípio da anterioridade não se enquadraria entre o rol de direitos fundamentais a que se refere o art. 60, § 4º, IV da Carta Política.

O Procurador-Geral da República também defendeu a constitucionalidade da Emenda n° 37, em virtude de entender que a modificação da Proposta de Emenda no Senado Federal não foi relevante, visto que o tributo já fazia parte do ordenamento jurídico-tributário, consistindo o ato normativo impugnado em mera prorrogação do mesmo e não criação ou majoração de tributo novo. Não deveria, assim, ter efeito o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição, pois inaplicável. Afirmou que não era necessário, por tal motivo, o retorno da PEC à Casa Inicial. O PGR citou ainda o voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim na ADC n° 3, no sentido de que o retorno do projeto emendado à Casa Iniciadora não é decorrente de somente ter sido emendado, mas da existência de modificação de sentido do enunciado. Com relação à ofensa ao art. 60, § 4 º, IV da Constituição, entende que a PEC não aboliu nenhum direito ou garantia fundamental que se caracterize como cláusula pétrea, não estando o princípio da anterioridade no núcleo intangível da Constituição.

A ADIn foi incluída na sessão do dia 03.10.2002, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal apreciou o mérito do pedido. Após lido o relatório, votou a Relatora, Ministra Ellen Gracie, no sentido de rejeitar a alegação de inconstitucionalidade formal, acolhendo a argumentação da AGU e da PGR:

> No momento da promulgação da Emenda Constitucional n. 37/02, que se deu em 12 de junho de 2002, a mencionada Lei n. 9.311/96 estava em pleno vigor, tendo em vista que, por força da Emenda Constitucional n. 21/99, tal diploma legal, modificado pela Lei n. 9.539/97, vigoraria até 18 de junho de 2002.
>
> [...]
>
> Uma vez observada a noventena e estando-se diante de mera prorrogação, sem solução de continuidade temporal, eventual manutenção, no texto promulgado da Emenda Constitucional n. 37, da alusão à observância do disposto no § 6° do art. 195 da Constituição não teria efeito nenhum, pois inaplicável ao caso. Sua supressão, portanto, não importou em qualquer alteração substancial, tornando desnecessário o retorno da Proposta de Emenda Constitucional à Câmara dos Deputados para apreciação e votação do novo texto. Eventual retorno a essa Casa Legislativa e eventual reinserção da vinculação da cobrança ao $6o. do art. 195 da Constituição não teria efeito nenhum porque, tendo havido simples prorrogação, sem qualquer alteração, não se estaria diante de nenhuma das hipóteses previstas no referido dispositivo constitucional para aplicação da noventena: instituição ou modificação de contribuição.

No que tange à inconstitucionalidade material, alegada pelo autor, foi ela também considerada inexistente pela relatora, pois na Emenda Constitucional n° 37 não houve a negativa explícita ou implícita de aplicação do princípio da anterioridade nonagesimal, contido no § 6º do art. 195 da Constituição Federal. Ressalta que haveria inconstitucionalidade caso o Congresso, em sua competência reformadora, tivesse excepcionado do princípio a contribuição social.

Ellen Gracie destaca também que no julgamento da ADIn 939, em que foi impugnada a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que autorizou a União instituir o IPMF, considerou-se o princípio da anterioridade como uma garantia individual do contribuinte (art. 150, III, "b", da CF).

Ainda nos dizeres da relatora,

> Se a prorrogação da vigência da CPMF se afeiçoasse à hipótese normativa descrita no § 6º do art. 195 da Constituição, a obediência à noventena seria incontroversa, já que este preceptivo, como já disse, se mantém incólume no texto constitucional, apto a gerar efeitos sobre as hipóteses nele previstas, não sendo necessária previsão expressa de sua aplicação no corpo da emenda. A prorrogação em questão, porém, pela sua natureza, não se submete a nenhuma das duas hipóteses em que se tem como obrigatória a observância do prazo nonagesimal: instituição ou majoração da contribuição social.

Tendo todos os Ministros acompanhado a Relatora quanto ao mérito da ADIn, foi o pedido julgado improcedente naquela sessão, lavrando-se a seguinte ementa, publicada no Diário da Justiça de 06.12.2002:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA-CPMF (ARTS. 84 E 85, ACRESCENTADOS AO ADCT PELO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37, DE 12 DE JUNHO DE 2002). 1 - Impertinência da preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União, de que a matéria controvertida tem caráter *interna corporis* do Congresso Nacional, por dizer respeito à interpretação de normas regimentais, matéria imune à crítica judiciária. Questão que diz respeito ao processo legislativo previsto na Constituição Federal, em especial às regras atinentes ao trâmite de emenda constitucional (art. 60), tendo clara estatura constitucional. 2 - Proposta de emenda que, votada e aprovada na Câmara dos Deputados, sofreu alteração no Senado Federal, tendo sido promulgada sem que tivesse retornado à Casa iniciadora para nova votação quanto à parte objeto de modificação. Inexistência de ofensa ao art. 60, § 2º da Constituição Federal no tocante à supressão, no Senado Federal, da expressão "observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal", que constava do texto aprovado pela Câmara dos Deputados em 2 (dois) turnos de votação, tendo em vista que essa alteração não importou em mudança substancial do sentido do texto (Precedente: ADC nº 3, rel. Min. Nelson Jobim). Ocorrência de mera prorrogação da Lei nº 9.311/96, modificada pela Lei nº 9.539/97, não tendo aplicação ao caso o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal. O princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente aos casos de instituição ou modificação da contribuição social, e não ao caso de simples prorrogação da lei que a houver instituído ou modificado. 3 - Ausência de inconstitucionalidade material. O § 4º, inciso IV do art. 60 da Constituição veda a deliberação quanto a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e

garantias individuais. Proibida, assim, estaria a deliberação de emenda que se destinasse a suprimir do texto constitucional o § 6º do art. 195, ou que excluísse a aplicação desse preceito a uma hipótese em que, pela vontade do constituinte originário, devesse ele ser aplicado. A presente hipótese, no entanto, versa sobre a incidência ou não desse dispositivo, que se mantém incólume no corpo da Carta, a um caso concreto. Não houve, no texto promulgado da emenda em debate, qualquer negativa explícita ou implícita de aplicação do princípio contido no § 6º do art. 195 da Constituição. 4 - Ação direta julgada improcedente.

Cabe ainda ressaltar que em face de tal Acórdão foram Interpostos Embargos de Declaração pelo Partido Autor, em 10.12.2002, que ainda não haviam sido julgados até o limite temporal de nossa pesquisa. Porém, há precedente do Supremo no sentido de que a oposição de Embargos de Declaração não impede a plena eficácia do Acórdão proferido em sede de controle abstrato de constitucionalidade[198].

4.3.8 ADIn 2031

Pela presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada em 15.07.1999, o Partido dos Trabalhadores – PT argüiu a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 21, de 18.03.1999, que incluiu o art. 75 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispondo acerca da primeira prorrogação da cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza Financeira de que trata o art. 74, instituído pela Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, modificada pela Lei nº 9539, de 12 de dezembro de 1997.

Eis a redação do artigo 75 do ADCT, acoimado de inconstitucional:

Art. 75. É prorrogada, por trinta e seis meses, a cobrança da contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira de que trata o art. 74, instituída pela Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, modificada pela Lei nº 9.539, de 12 de dezembro de 1997, cuja vigência é também prorrogada por idêntico prazo.

§ 1º Observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal, a alíquota da contribuição será de trinta e oito centésimos por cento, nos primeiros doze meses, e de trinta centésimos, nos meses subseqüentes, facultado ao Poder Executivo reduzi-la total ou parcialmente, nos limites aqui definidos.
§ 2º O resultado do aumento da arrecadação, decorrente da alteração da alíquota, nos exercícios financeiros de 1999, 2000 e 2001, será destinado ao custeio da previdência social.

§ 3º É a União autorizada a emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos serão destinados ao custeio da saúde e da previdência social, em montante equivalente ao produto da arrecadação da contribuição, prevista e não realizada em 1999.

O PT alegou, primeiramente, vício de inconstitucionalidade formal, na medida em que a proposta teve início no Senado Federal e, ao passar pela casa

revisora, sofreu duas alterações, tendo sido suprimidas as palavras “ou restabelecê-la” e o verbo “reduzir” do § 1º do novo artigo 75 e a expressão “hipótese em que o resultado da arrecadação verificado no exercício financeiro de 2.002 será integralmente destinado ao resgate da dívida pública federal” do § 3° do mesmo artigo – as quais não voltaram a ser examinadas pela casa de origem, contrariando o art. 60, § 2º, da Constituição Federal.

O Partido Autor argumentou, ainda, ter a Emenda, no que se refere ao art. 75 da ADCT, desrespeitado o princípio da legalidade disposto no art. 150, I, da Constituição, já que no momento de sua promulgação as leis temporárias instituidoras da CPMF (9.311/96 e 9.339/97) já não apresentavam eficácia. O Partido afirmou que a Emenda Constitucional praticou repristinação, o que não seria acolhido no vigente Ordenamento Jurídico, mesmo que oriunda de Emenda à Constituição. Além disso, tal prorrogação, conforme destaca o autor, teria confiscado rendimentos dos salários, além de reduzi-los, desrespeitando as garantias dispostas nos artigos 150, inciso IV (princípio da vedação de utilização de tributo com efeito de confisco), e 7º, inciso VI, da Carta Constitucional (irredutibilidade de salário), além de contrariar convenções internacionais. E, ainda, a referida Emenda Constitucional estaria ferindo duplamente o art. 154, I, da Constituição, por se identificar com duas outras hipóteses de incidência já eleitas pelo Constituinte: o Imposto sobre a Renda e o IOF.

Foi requerida medida liminar, com concessão de excepcionais efeitos *ex tunc*, justificado pela seriedade dos fundamentos destacados assim como pela irreparabilidade do dano emergente da execução da norma impugnada, salientando que se não fosse concedida a medida cautelar, e posteriormente, o Pretório Excelso viesse a julgar procedente a ADIn, os malefícios já estariam materializados com o recolhimento da CPMF nesse período.

Antes de analisar a liminar, foram solicitadas informações ao Congresso Nacional acerca do processo legislativo. Seu presidente afastou logo a impugnação decorrente da iniciação da tramitação no Senado Federal, pois tal situação mostra-se em conformidade com o artigo 60, I da Constituição Federal. Com relação à alteração sofrida pela proposta na Câmara dos Deputados, afirmou-se que foram elas de caráter supressivo, sem inovações capazes de demandar o retorno à casa de origem (Senado Federal). Destaca, ainda, que o legislador optou pela hipótese de repristinação neste caso, ao se utilizar da prorrogação das Leis.

A ADIn foi incluída na sessão do dia 29.09.1999, na qual foi apreciado o

pedido de liminar, após a leitura do relatório pelo Ministro Relator, Octávio Gallotti. O Ministro iniciou seu voto declarando a regularidade da iniciação do trâmite do Projeto de Emenda no Senado, direito assegurado no art. 60, I, da Constituição Federal. No que tange às modificações ocorridas na Câmara que não foram objeto de tramitação na Casa de Origem, o Relator salientou que tais modificações foram "destaques meramente supressivos, que não comprometem a aprovação do remanescente, solenemente promulgado em sessão conjunta das duas casas do Congresso".[199] Destacou ainda o Ministro que tal prática faz parte da tradição do processo legislativo brasileiro,

> ... que remonta à própria gênese do regime político em vigor, como se depreende do texto do art. 29 do regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte de 1987, que vedou a apresentação de emendas, em segundo turno de votação, 'salvo as supressivas', claramente a indicar que não invalida, a aprovação destas, a subsistência do texto aprovado em primeiro turno.[200]

No que tange à possibilidade de repristinação, assinala o Relator que nada impede que uma lei ordinária seja repristinada pela própria Constituição, visto que a impossibilidade de tal prática, prevista no artigo 3º da lei de Introdução ao Código Civil, se refere à lei ordinária, jamais intencionando alcançar a hierarquia constitucional, restando incólume, assim, o princípio da legalidade tributária.

O Relator discorda que a contribuição se mostre anti-isonômica, pois atinge a generalidade dos contribuintes em condições objetivas análogas, e também que ela seja ofensiva ao princípio da irredutibilidade, em virtude de não ter como base de cálculo o salário, e nem mesmo incluí-lo como hipótese de incidência. Conclui o voto divergindo da assertiva da bitributação, pois se trata de tributo instituído não por lei complementar, mas por norma constitucional, situação na qual a norma constitucional é excepcionada. Indeferiu, por tais motivos, a liminar.

O ministro Nelson Jobim acompanhou o Relator em seu voto quanto ao caráter supressivo das expressões dos §§ 1º e 2º do art. 75, que não foram analisadas pela casa de origem, não ensejando, portanto, vício formal.

Porém, divergiu quanto ao § 3º desse mesmo artigo. Segundo Jobim, a redação aprovada no Senado previa, neste dispositivo, a autorização para emitir títulos da dívida pública interna em montante equivalente à arrecadação de CPMF prevista e não realizada no ano de 1999. Tal autorização, todavia, estava condicionada à necessidade de aplicar o resultado de arrecadação daquele tributo em 2002 integralmente no resgate da dívida pública federal.

Porém, o texto aprovado pela Câmara fez desaparecer a condição estabelecida pelo Senado, alterando-se substancialmente o sentido do enunciado. Como a parte suprimida e o texto final não foram considerados como normas autônomas, reputou-se ter havido promulgação de texto não votado em ambas as casas. Assim, o Ministro concedeu a liminar em relação ao § 3º do art. 75 do ADCT da Constituição, para sustar sua vigência até o julgamento final da ação, em razão do vício formal.

O ministro Maurício Corrêa acompanhou o voto do Ministro Nelson Jobim, ratificando que o § 3º da emenda impugnada apresentava-se com uma extensão normativa maior do que o projeto inicialmente votado no Senado Federal.

O Ministro Ilmar Galvão deferiu o pedido de liminar em maior amplitude, declarando inconstitucional a totalidade da Emenda Constitucional nº 21, por entender que tal veículo normativo não pode criar nem aumentar tributo. Afirmou que tributo pode ser criado por lei, já que tem a colaboração dos dois poderes – Legislativo e Executivo. A Emenda, fruto de um só Poder, não teria legitimidade para isso.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou o voto do Min. Ilmar Galvão, deferindo a medida cautelar em maior extensão, com intenção de retirar a eficácia da totalidade da Emenda em tela.

Os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Moreira Alves, Carlos Velloso e Néri da Silveira também acompanharam o voto no Min. Nelson Jobim quanto ao § 3º. Suspendeu-se, assim, a eficácia do § 3º do art. 75 do ADCT, incluído pela EC nº 21/99, em acórdão assim ementado e publicado no Diário da Justiça de 28.06.2002:

> 1 - Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e de Direitos de Natureza Financeira-CPMF (art. 75, e parágrafos, acrescentados ao ADCT pela Emenda Constitucional nº 21, de 18 de março de 1999). 2 - Vício de tramitação restrito ao § 3º da norma impugnada, por implicar, em primeiro exame, ao ver da maioria, a supressão pela Câmara da oração final do parágrafo aprovado no Senado, em comprometimento do sentido do texto sujeito à aprovação de ambas as Casas. 3 - Irrelevância do desajuste gramatical representado pela utilização do vocábulo "prorrogada", a revelar objetivo de repristinação de leis temporárias, não vedada pela Constituição. 4 - Rejeição, também em juízo provisório, das alegações de confisco de rendimentos, redução de salários, bitributação e ofensa aos princípios da isonomia e da legalidade. 5 - Medida cautelar deferida, em parte.

Após ouvido o AGU, que defendeu a regularidade do texto impugnado, e o PGR, que opinou no mesmo sentido da decisão liminar deferida pelo STF, a ADIn foi incluída na pauta da sessão do dia 03.10.2002.

No julgamento do mérito da questão, a Min. Ellen Gracie, designada Relatora, confirmou o entendimento adotado pela maioria dos votos no julgamento da Medida Cautelar, quanto ao vício formal – apontando inconstitucionalidade somente no § 3º do art. 75 do ADCT, julgando procedente em parte a Ação Direta e confirmando a decisão da medida cautelar. Acompanhou expressamente esse voto o Min. Nelson Jobim.

Divergiu o Min. Ilmar Galvão, que julgou procedente a Ação Direta em sua integralidade, por ter havido um lapso temporal entre o vencimento do prazo da lei e a emenda constitucional que restaurou a contribuição. Entendeu o Ministro que somente poderia ser cobrada a CPMF após o decurso de noventa dias de sua edição, em face do principio da anterioridade e ainda, por entender que o simples depósito efetuado em uma conta bancária não poderia originar tributação, por não se caracterizar um fato econômico.

A ementa do acórdão, publicada no Diário da Justiça de 17.10.2003, foi a seguinte:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA-CPMF (ART. 75 E PARÁGRAFOS, ACRESCENTADOS AO ADCT PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 21, DE 18 DE MARÇO DE 1999). 1 - O início da tramitação da proposta de emenda no Senado Federal está em harmonia com o disposto no art. 60, inciso I da Constituição Federal, que confere poder de iniciativa a ambas as Casas Legislativas. 2 - Proposta de emenda que, votada e aprovada no Senado Federal, sofreu alteração na Câmara dos Deputados, tendo sido promulgada sem que tivesse retornado à Casa iniciadora para nova votação quanto à parte objeto de modificação. Inexistência de ofensa ao art. 60, § 2º da Constituição Federal no tocante à alteração implementada no § 1º do art. 75 do ADCT, que não importou em mudança substancial do sentido daquilo que foi aprovado no Senado Federal. Ofensa existente quanto ao § 3º do novo art. 75 do ADCT, tendo em vista que a expressão suprimida pela Câmara dos Deputados não tinha autonomia em relação à primeira parte do dispositivo, motivo pelo qual a supressão implementada pela Câmara dos Deputados deveria ter dado azo ao retorno da proposta ao Senado Federal, para nova apreciação, visando ao cumprimento do disposto no § 2º do art. 60 da Carta Política. 3 - Repristinação das Leis nºs 9.311/96 e 9.539/97, sendo irrelevante o desajuste gramatical representado pela utilização do vocábulo prorrogada no caput do art. 75 do ADCT, a revelar objetivo de repristinação de leis temporárias, não vedada pela Constituição. 4 - Rejeição, também, das alegações de confisco de rendimentos, redução de salários, bitributação e ofensa aos princípios da isonomia e da legalidade. 5 - Ação direta julgada procedente em parte para, confirmando a medida cautelar concedida, declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 75 do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional nº 21, de 18 de março de 1999.

Ao final, o STF declarou, pela segunda vez em sua história, a inconstitucionalidade de uma norma constitucional em sua integralidade, qual seja, o § 3° do artigo 75 do ADCT, introduzido pela EC 21/99, desta vez por inconstitucionalidade formal.

4.3.9 ADIn’s 3105 e 3128

A ADIn 3105 foi ajuizada em 31.12.2003 pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e teve por objeto o artigo 4° da Emenda Constitucional n° 41, de 19.12.2003 (D.O.U de 22.12.2003), cujo teor é transcrito abaixo:

> Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.
>
> Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o caput incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:
>
> I - cinqüenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
>
> II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

Sustenta a entidade Autora que a aposentadoria deve ser regrada pelas normas vigentes à data de sua concessão. Assim, os servidores aposentados antes da publicação da Emenda Constitucional passaram à inatividade sob a regência de regras sem os atributos da contributividade e retributividade (ou sem somente a retributividade, se após a EC 20/98). Sustenta a conformidade de tal entendimento com a Súmula 359[201] do STF. Criando-se contribuição sobre os proventos dos já aposentados, alteram-se as normas aplicáveis de forma inconstitucional, já que o ato jurídico da aposentadoria tornara-se perfeito, adquirindo-se o direito que nem mesmo Emenda Constitucional pode abolir.

Neste sentido junta pareceres de José Afonso da Silva, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Celso Antônio Bandeira de Mello e sustenta, com base no voto do Ministro Sepúlveda Pertence no MS 23047, que busca não sustentar a existência de direito adquirido a regime jurídico, mas somente a preservação das situações subjetivas favoráveis já constituídas com base no regime jurídico anterior.

Haveria também inconstitucionalidade no que tange à discriminação indevida entre sujeitos passivos tributários (servidores já aposentados e a se aposentarem no futuro). Os já aposentados deverão pagar o tributo sobre base de

cálculo correspondente a 60% (servidor federal) ou 50% (servidor estadual) do que vier a exceder o valor máximo do Regime Geral de Previdência Social (R$ 2.400,00, como fixado pelo artigo 5° da Emenda[202]). Os que se aposentarem após a Emenda 41, devem pagar o tributo calculado sobre o que vier a exceder o valor-limite do Regime Geral, ou seja, sofrem tributação mais onerosa, já que a base de cálculo eleita é superior. Neste sentido também é o parecer de José Afonso da Silva.

Apontando como dispositivos constitucionais violados os artigos 5°, XXXVI[203], 150, II e 60, §4°, IV, requer liminarmente a suspensão da eficácia da norma impugnada.

O pedido de liminar da ADIn 3105 foi negado pela Presidência, em 02.01.2004, que em despacho proferido na mesma data, imprimiu ao feito o rito especial do artigo 12 da Lei n° 9.868/99, solicitando desde logo informações ao Congresso Nacional, assim como intimando a AGU para apresentar defesa e a PGR para emitir parecer

Em 03.02.2004 foi designada Relatora a Ministra Ellen Gracie Northfleet, qualidade também assumida, por prevenção, quanto à ADIn 3128, ajuizada em 05.02.2004, pela Associação Nacional dos Procuradores da República - ANPR, contendo o mesmo objeto da ADIn 3105.

Na ADIn 3128, além dos motivos já aduzidos pela CONAMP na ADIn 3105, a Associação Autora sustenta a inconstitucionalidade da contribuição dos servidores inativos em razão da inexistência de causa a justificar a cobrança da contribuição, já que não foi criado novo benefício a justificá-la, sob o caráter contributivo. Alega-se ainda a violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos e proventos.

Apontando como violados o artigo 40 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional n° 20/98, assim como os artigos 7°, VI, 37, XVI, 95, III, 128, § 5°, I e 142, § 3°, VIII, requer a ANPR liminar para suspender a eficácia da norma acoimada de inconstitucional, justificando-se a urgência no escoamento do prazo de 90 dias previsto para sua exigibilidade (§ 6° do artigo 195[204] da CF/88).

Nas informações do Congresso Nacional, sustenta-se a ilegitimidade ativa da Autora CONAMP, com base na decisão da ADIn 1.402-MC, por se tratar de associação de associações que congrega pessoas físicas. Alega-se ainda que não

há direito adquirido a regime jurídico, consoante pacífica jurisprudência do Supremo, além do que não há como sustentar que vencimentos e proventos sejam imunes à tributação, como já decidido na ADIn 1.441.

Na defesa do ato impugnado, a AGU alega ser a contribuição questionada um tributo, acerca do qual não existe imunidade, citando parecer de Luís Roberto Barroso, no sentido de inexistir direito adquirido a não ser tributado. Cita-se como fundamento para sua instituição o princípio da Solidariedade. Além disso, sustenta-se que o inciso XXXVI do artigo 5° não se aplica a Emendas Constitucionais, mas somente à legislação ordinária.

Aduz ainda a AGU que na ADIn 2.010 o STF considerou a contribuição dos servidores inativos inconstitucional porque não estava prevista na Constituição, tendo a EC 41 vindo a lume para superar esta omissão. Rebate a suposta violação à isonomia sob o argumento de que os aposentados integram o sistema junto com os ativos e a tributação dos primeiros atende à igualdade. Quanto à suposta desigualação inconstitucional entre os já aposentados e os que vierem a se aposentar, alega-se que os primeiros se retiraram na vigência de regras mais flexíveis, de forma que a Emenda desiguala os desiguais. Quanto à irredutibilidade, apresenta os mesmos argumentos do Congresso Nacional e ainda defende que não há inconstitucionalidade, pois o inciso XXXVI do artigo 5° não foi abolido da Constituição.

Em parecer, a PGR opina pela procedência das ADIn's, sob o fundamento que a Emenda que afeta direitos adquiridos de forma individual acaba por ferir sua garantia abstrata (inciso XXXVI do art. 5°), pois um depende do outro. Sustenta ainda a inexistência de novo benefício a justificar nova contribuição, como demanda o caráter retributivo do sistema, além de também haver desigualdade inconstitucional entre servidores já inativos e os que assim ficarão no futuro.

O feito foi incluído na pauta da sessão do dia 26.05.2004, ocasião na qual, após leitura do Relatório, houve sustentação oral por parte da Autora, na pessoa do advogado Aristides Junqueira Alvarenga, da Procuradoria Geral da República, na pessoa do Procurador Cláudio Fonteles, da Advocacia Geral da União, pelo Advogado Álvaro Ribeiro Costa e pelos *amici curiae* que interviram no feito, os advogados Mauro Menezes e José Luiz Wagner.

Em seu voto, a Ministra Ellen Gracie atesta a legitimidade das autoras, face a reversão do entendimento da ADInMC 1.402 quando do julgamento da ADIn 1.303, em 01.09.2000. Acerca da admissibilidade de ADIn em face de Emendas

Constitucionais, sustenta sua possibilidade, citando ensinamentos doutrinários de Canotilho, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Carmen Lúcia Antunes Rocha, invocando ainda como precedente a ADIn 939.

Aduz a Relatora que há grave equívoco quando se sustenta que servidores públicos nunca contribuíram para seus benefícios, como demonstra o Decreto-Lei n° 288 de 1938, que os tornou contribuintes obrigatórios do IPASE – Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado. Demonstra, ainda, fatores ignorados no debate acerca da necessidade da tributação dos inativos em face de um estrondoso *déficit* nas contas da previdência social:

> Aspecto relevante e parcialmente responsável pelo desequilíbrio de contas do RPPS tem origem no descumprimento ao disposto pelo art. 11, da Lei n° 8.162/91, que alterou o art. 247, da Lei n° 8.112/90, prescrevendo o ajuste de contas correspondente ao período de contribuição por parte dos servidores celetistas incorporados ao RJU. Isso porque passaram a aposentar-se com os direitos estabelecidos no art. 40 da Constituição Federal servidores que haviam contribuído, enquanto celetistas, para o então INPS.

Sustenta a Relatora que a Emenda resguarda o direito de se aposentar de quem já tenha preenchido os requisitos, assim como garante aos já aposentados e pensionistas o mesmo regime jurídico já usufruído, inclusive com revisão na mesma proporção dos ativos, reconhecendo a EC 41, neste pormenor, que as aposentadorias decorrem de ato jurídico perfeito, e que aqueles que reuniram as condições necessárias já adquiriram o direito de se aposentar.

A Ministra rejeita a alegação de violação à irredutibilidade, pois os subsídios não são imunes a tributos. Cita, como fundamentos, o quanto decidido pelo STF no RE 70.009, na ADIn 1.441 e na ADInMC 2010.

Entendeu a Relatora que o que levou à instituição da contribuição pela via da EC 41 foi a confusão entre dois sistemas distintos, a saber: o sistema estatutário, "...a que se submetem os servidores públicos ao longo de sua vida funcional" e o sistema previdenciário, "...para o qual contribuem eles, quando em atividade e ao qual são agregados, quando ingressam na inatividade, passando a perceber não mais vencimentos, mas proventos, desligados que estão [...] do serviço público".

Ressalta que o servidor do sistema estatutário sempre foi pontual com suas contribuições, dada a sua retenção na fonte pelo próprio Estado, não podendo se dizer o mesmo da União Federal, que somente começa a contribuir efetivamente para o custeio da previdência dos servidores em 2004, com a Medida Provisória 167. Há notória desorganização, também, quanto à arrecadação da contribuição

social incidente sobre a receita dos concursos de prognósticos. Lembra que os proventos e pensões já são tributados pelo Imposto de Renda.

E estatui:

> A emenda 41/03, em seu art. 4°, portanto, quebra o sinalagma da relação jurídica previdenciária, forçando aposentados e pensionistas a efetuarem verdadeira "doação" de parte de seus proventos em nome do princípio da solidariedade intergeneracional que, embora respeitável, nem por isso faz tábula rasa de outros princípios de igual dignidade constitucional, como a garantia contra a bi-tributação (CF, art. 154, I) e o princípio do não-confisco (CF, art. 150, IV).

Invocando a ADIn 939, a Relatora sustenta que os direitos previstos no "Estatuto do Contribuinte", no que tange às limitações constitucionais ao "Poder de Tributar", são direitos fundamentais. Aduz ainda que o § 5° do art. 195 da CF/88 determina que somente pode ser criada nova contribuição com a criação de novo benefício, invocando, a respeito, a ADIn 2.010.

Ellen Gracie conclui seu voto no sentido de serem inconstitucionais os dispositivos impugnados, por violar a vedação constitucional à bi-tributação (art. 154, I), por inexistir causa suficiente à instituição do tributo, haja vista não haver criação de novo benefício (art. 195, § 5°), e por discriminar indevidamente contribuintes que estão em situações materialmente iguais (art. 150, II), deixando de observar, assim, o limite material previsto no art. 60, § 4°, IV da Lei Maior.

Após breve aparte provocado pelo Ministro Nelson Jobim, em discussão sobre o acerto ou não em se chamar o "Poder Constituinte Originário" de 1988 desta forma, votou o Ministro Joaquim Barbosa Gomes, abrindo dissensão acerca do voto da Relatora.

Sustenta ele que se tem dado amplitude desmesurada às cláusulas pétreas, o que possibilitaria a perpetuação das desigualdades sociais, impedindo que o povo, por meio de seus representantes, promova alterações no texto constitucional. Alega serem as cláusulas pétreas "construção intelectual conservadora, antidemocrática[205], não razoável". Sustenta que a evolução do texto constitucional, feita através das Emendas à Constituição e da Jurisdição Constitucional "deve ser a regra, sob pena de se criar um choque de gerações[206], que pode até mesmo conduzir à esclerose do texto constitucional e do pacto político que ele materializa".

O Ministro busca justificar a tributação dos inativos sob o argumento de que os servidores que se aposentaram em épocas anteriores "...se aproveitaram

de um sistema iníquo de privilégios, de normas frouxas e excessivamente generosas". Argumenta ainda que o "princípio dos direitos adquiridos" deveria ser objeto de ponderação com outros princípios constitucionais, mesmo em se tratando de controle de constitucionalidade em abstrato, e não de conflito entre direitos fundamentais num caso concreto.

Joaquim Barbosa Gomes finaliza seu voto sustentando que a garantia do inciso XXXVI do artigo 5° da CF/88 somente seria aplicável ao legislador infra-constitucional, não integrando os limites materiais à Competência Reformadora, de forma que não haveria quaisquer inconstitucionalidades no texto impugnado. Eis os termos literais em que formulada tal alegação:

> Para concluir, Sr. Presidente, creio que a ação direta não merece prosperar também porque o art. 5°, XXXVI, da Constituição protege os direitos adquiridos contra iniciativas do legislador infraconstitucional, e não do constituinte derivado.

Na seqüência, votou o Ministro Carlos Britto. Iniciou seu voto aduzindo que o sistema originário da CF/88 não se preocupou com o auto-financiamento, pelos servidores, de suas aposentadorias. Tal sistema mudou após as Emendas n° 3 e 20, instituindo-se tempo de contribuição para o financiamento da aposentadoria. Atribuiu então, a responsabilidade pelo *déficit* ao gestor:

> Quero dizer que, muitas vezes, a questão da Previdência, quando se fala em déficit, Sra. Relatora, não é uma questão de Previdência, porém de providência, providência gerencial do Poder Público. Tanto assim, o sistema é teoricamente rentável e auto-suficiente que o mercado previdenciário privado experimenta o maior assanhamento para abocanhar uma fatia desse mercado promissor.

No núcleo essencial de seu voto, diz o Ministro que, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais, não poderá de forma alguma o servidor ser compelido a contribuir para o sistema previdenciário, mesmo que por Emenda Constitucional. E rebate, neste pormenor, o posicionamento externado pelo Ministro Joaquim Barbosa:

> Permito-me agora dizer o seguinte: os que defendem a possibilidade de emenda ofender o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada partem de uma só base intelectiva: a Constituição não proibiu as emendas, só proibiu as leis de fazê-lo. Se esse raciocínio fosse levado às últimas conseqüências, cairíamos todos em contradições grotescas. Por exemplo: quando a Constituição falou da lei como veículo impositivo de deveres – positivos ou negativos -, só falou de leis (art. 5°, II): "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".
>
> Ela não disse "senão em virtude de emenda".
>
> E esse silêncio quanto às emendas iria interditá-las para impor obrigações positivas ou negativas a terceiros? É evidente que não.

Diz ainda que as cláusulas pétreas não cumprem função conservadora, mas

impeditivas de retrocesso, motivo pelo qual acompanhou o voto da Relatora, Ministra Ellen Gracie. Na seqüência, foi requerida vista pelo Ministro Cezar Peluso, de forma que o julgamento só foi retomado na sessão de 18.08.2004.

O Ministro Cezar Peluso inicia seu voto enquadrando as contribuições como tributos caracterizados pela sua especial destinação abstrata, conforme se depreende do art. 149 da CF/88. No caso, o tributo analisado corresponde a uma contribuição de Seguridade Social, definida no art. 194, parágrafo único, à qual deve ser destinada a importância arrecadada, na forma do artigo 195, II, que lhe fundamenta a validade.

Dada sua natureza tributária, não seria possível lhe opor as garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, pois, segundo o Ministro, "...não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional".

Sustenta ele que, como a Emenda Constitucional somente atingirá fatos a ela posteriores, não há que se falar em retroatividade. Ademais, segundo o Ministro, "...uma coisa é a aposentadoria em si, enquanto fonte e conjunto de direitos subjetivos intangíveis; outra, a tributação sobre valores recebidos a título de proventos da aposentadoria". Como a Emenda preservou o direito de se aposentar, sobre ele, porém, instituindo tributo, não haveria inconstitucionalidade.

Peluso ainda afasta o argumento de inconstitucionalidade pela dupla tributação ao distinguir a contribuição, enquanto espécie tributária, do imposto. Embora ambos possam ter o mesmo fato gerador e bases de cálculo de proporções semelhantes, a peculiar vinculação da destinação da primeira lhe dá autonomia, descaracterizando uma "dupla incidência".

No que tange ao fundamento da inexistência de novo benefício a justificar a nova contribuição, alega que a EC 41 alterou a redação do art. 40 da CF/88, passando o sistema de "contributivo" para "contributivo e solidário". Motivos para tal mudança teriam sido o aumento da expectativa de vida do brasileiro, a queda da taxa de natalidade, a diminuição do acesso aos quadros públicos, e a possibilidade de "colapso do regime". Disso decorreria a inexistência do alegado "caráter sinalagmático" das contribuições previdenciárias, como se depreende de trecho do voto em que critica as pretensões postas na ADIn:

> Sua lógica está em que, se o servidor contribuiu durante certo período, sob hipotética promessa

constitucional de contraprestação pecuniária no valor dos vencimentos durante a aposentadoria, teria então, ao aposentar-se, *direito adquirido*, ou *adquirido direito subjetivo* a perceber proventos integrais. Desconto da contribuição, pelo outro contraente, tipificaria aí redução, sem causa jurídica, do valor da contraprestação pré-acordada.

Ninguém tem dúvida, porém, de que o sistema previdenciário, objeto do art. 40 da Constituição da República, não é nem nunca foi de natureza jurídico-contratual, redigo por normas de direito privado, e, tampouco de que o valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi nem é prestação sinalagmática, mas *tributo* predestinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social, que é terreno privilegiado de transcendentes interesses públicos ou coletivos.

Sustentando ainda a prevalência da solidariedade, aduz que "...quando o sujeito passivo paga a contribuição previdenciária, não está apenas subvencionando, em parte, a própria aposentadoria...", visto que também estará ele contribuindo "...para a alimentação do sistema, só cuja subsistência, aliás, permitirá que, preenchidas as condições, venha a receber proventos vitalícios ao aposentar-se".

Quanto à inconstitucionalidade no tratamento diferenciado na forma como alegado nas iniciais, também entende o Ministro inocorrer, justificando-o nos seguintes termos:

Esse tratamento tributário diferenciado encontra justificação no conjunto de elementos político-normativos representados pelo caráter contributivo do sistema, pela obrigatoriedade de equilíbrio atuarial e financeiro, pelo imperativo de solidariedade social, pela distribuição eqüitativa dos encargos do custeio e pela diversidade da base de financiamento. Seria desproporcional e, até injusto, sobrecarregar o valor da contribuição dos servidores ativos para concorrerem à manutenção dos benefícios integrais dos inativos, sabendo-se que os servidores ora em atividade (grupo iii) poderão, à aposentadoria, receber, no máximo, proventos cujo valor não ultrapassará dez salários mínimos, de modo que, fosse outro o tratamento, contribuiriam, para manter benefícios equivalentes a proventos integrais, mas receberiam até o limite do regime geral da previdência.

Todavia, o Ministro Cezar Peluso aponta violação ao princípio da isonomia sob outros aspectos, não levantado nem pelas Associações Autoras, nem pelos votos dos Ministros que lhe precederam, a saber: a) pela disparidade de tratamento entre inativos da União e aqueles dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e b) pelo tratamento diferenciado entre os já aposentados ou que tenham reunido tais condições na data da publicação da EC 41 e os que vierem a reunir condições e se aposentar posteriormente à sua edição.

Quanto ao primeiro aspecto, justifica o Ministro que "o só fato de serem inativos ou pensionistas dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, não lhes legitima o tratamento diferenciado proposto" no que tange "...aos que se encontram em idêntica situação jurídica, como servidores e pensionistas, só que vinculados à União".

Já quanto ao segundo aspecto, pondera o Ministro que os servidores já aposentados e os que reuniam, à data da publicação da emenda, os requisitos para sua aposentadoria (ambos alcançados pelo artigo 4° da EC 41) deverão contribuir com 50% ou 60% do valor que superar o maior benefício do Regime Geral.

Por outro lado, os servidores que, à data da publicação da Emenda, não detinham condições para se aposentar e que vierem a fazê-lo depois daquela data, recolherão a contribuição na forma do § 12° do artigo 40 da Constituição (também incluído pela EC 41), ou seja, terão a mesma base de cálculo, mas distinta alíquota, que será "percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos".

Defendeu-se que a isonomia tributária institui exigência segundo a qual a diferenciação do tratamento entre contribuinte somente poderia ocorrer em razão de distintas manifestações de capacidade contributiva, ou se justificar sob a ótica dos direitos fundamentais, não servindo o fator "tempo" como critério de discriminação lícita.

O Ministro sintetiza seu pensamento, depois de sustentar interpretação teleológica da imunidade prevista no inciso II do artigo 195 da CF/88, extensível aos servidores públicos por conta do § 12 do artigo 40, aduzindo que "...como os benefícios concedidos pelo regime geral da previdência estão limitados ao valor máximo de R$ 2.400,00 [...] logo é esse também o limite da imunidade para os [...] inativos".

Assim, o sentido do voto do Ministro é declarar a inconstitucionalidade das expressões "cinqüenta por cento do" e "sessenta por cento do" presentes no parágrafo único do artigo 4° da EC 41, de forma que a contribuição sobre os servidores inativos somente incidirá sobre a parcela dos proventos que ultrapasse R$ 2.400,00.

Segundo o Ministro Eros Grau, não há direito adquirido a regime jurídico e, além do mais, não cabe falar em ato jurídico perfeito, por se tratar de discussão acerca de direitos irradiados de uma situação institucional, "no qual o papel da vontade é nenhum". Acompanha a Relatora quanto à irredutibilidade, mas afasta alegação de *bis in idem* por ser o artigo 154, I, dirigido ao legislador ordinário. Também não acolhe confiscatoriedade, com o seguinte argumento:

> A entender-se que os inativos estariam gravados por um tributo confiscatório seríamos forçados a sustentar que os servidores ativos estariam também onerados pelo mesmo efeito, visto serem contribuintes da contribuição previdenciária...

Nos demais fundamentos, o Ministro Eros Grau acompanhou o voto do Ministro Cezar Peluso, assim como o fez o Ministro Gilmar Mendes, este ressalvando expressamente a possibilidade de contribuintes pleitearem alíquotas mais amenas e proporcionais, ou mesmo isenções, nos processos concretos, com fundamento no princípio da proporcionalidade, caso algum direito fundamental esteja sendo violado em razão do peso econômico do tributo.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou a Relatora, assim como o Ministro Celso de Mello. Já o Ministro Carlos Velloso acompanhou o voto do Ministro Cezar Peluso, o mesmo ocorrendo com o Ministro Joaquim Barbosa Gomes, em alteração de voto, e com os Ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

Concluiu a Excelsa Corte, após tal julgamento, pela constitucionalidade do *caput* do artigo 4° da Emenda Constitucional n° 41, assim como pela inconstitucionalidade de seu parágrafo único, no que efetua discriminação arbitrária entre servidores. Lavrou-se, assim, a seguinte ementa, publicada no Diário da Justiça de 18.02.2005:

> 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de

contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “cinqüenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “cinqüenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.

Pode-se afirmar que esta consistiu na terceira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal proclamou a inconstitucionalidade total de uma norma constitucional, em função da inobservância aos limites materiais previstos no artigo 60, § 4°, inciso IV da Constituição.

4.4 A interpretação conforme a Constituição e a Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto de Emendas à Constituição

4.4.1 ADIn 1946

A ADIn 1946 foi ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, em 21.01.1999, em face do artigo 14 da Emenda Constitucional n° 20, de 15.12.98 (D.O.U de 16.12.98), abaixo reproduzido:

Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Também se impugnou, por pretender regulamentar a Constituição, a Portaria n° 4.883, de 16.12.1998, do Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, em seu artigo 6°, *in verbis*:

Art. 6°. O limite máximo do valor dos benefícios do RGPS, a serem concedidos a partir de 16 de dezembro de 1998, é de R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), inclusive do benefício de que tratam os arts. 91 a 100 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social – RBPS, aprovado pelo Decreto n° 2.172, de 5 de março de 1997, e dos benefícios de legislação especial pagos prela Previdência Social, mesmo que à conta do Tesouro Nacional.

Os artigos 91 a 100 do Regulamento versavam justamente sobre o benefício do Salário-Maternidade, dispondo, inclusive, sobre a integralidade do salário no

art.92: “O salário-maternidade para a segurada empregada consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral e será pago pela empresa, efetivando-se a compensação quando do recolhimento das contribuições sobre a folha de salário”.

Alegou-se, na inicial, que o dispositivo da Emenda Constitucional citada, no que limitava o teto de todos os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, incluindo o chamado “salário-maternidade” a R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), violaria o artigo 60, § 4°, inciso IV[207] da Constituição Federal, na medida em que criaria encargo adicional ao empresário que empregasse pessoas do sexo feminino acima daquela importância.

O Partido Autor demonstrou, na inicial, a sistemática até então vigente acerca do benefício do salário maternidade: ausentando-se a empregada em virtude da maternidade, receberia ela do empregador, durante o prazo constitucional de 120 dias, o valor integral de seu salário então percebido, podendo o empregador compensar o mesmo valor despendido com outros débitos relativos à contribuição social sobre a folha de salários (prevista no artigo 195 da Constituição). Na prática, sob a visão econômica, o encargo era suportado pelo Estado e não pelo empregador, o que evitava que este discriminasse as empregadas em função da maternidade.

Porém, com as alterações, pretendeu a Emenda abolir este regime, limitando a responsabilidade estatal ao teto do Regime Geral, equivalente a R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). Desta forma, qualquer mulher que auferisse remuneração superior à importância acima sofreria prejuízo em sua empregabilidade, pois no caso de esta ter filhos, seria gerado um custo extra para o empresário, correspondente à diferença entre a sua efetiva remuneração e o teto do sistema, diferença esta que deveria ser custeada pela empresa, e não mais pelo Estado. Obviamente, o empresário faria a opção por empregar homens, já que seu custo econômico seria menor.

Em face de tais alegações, demonstrou-se a violação aos artigos 3°, IV[208], 5° caput e inciso I[209] e 7°, XVIII[210], representando abolição a um direito fundamental da mulher (salário maternidade), assim como violação ao princípio da isonomia, vez que a norma constitucional estimulava a sociedade a adotar tratamento desigual contra as mulheres.

Como bem resumiu o Partido Autor na inicial, transcrita no Relatório do Acórdão que apreciou o pedido de liminar:

> É relevante enfatizar, ainda, que se o entendimento fosse no sentido das empresas serem responsáveis pelo excedente a R$ 1.200,00 estaríamos diante de um retrocesso histórico, tendo em vista o fato deste procedimento já ter sido dissipado do Brasil em 1974, com o advento da Lei 6.136 que transferiu para a Previdência Social o ônus do salário- maternidade.
>
> Transferir para as empresas a responsabilidade pelo pagamento excedente da remuneração da trabalhadora seria retroceder e ignorar as grandes conquistas femininas na sociedade brasileira.
>
> É bastante compreensível que as empresas não queiram arcar com mais este ônus, principalmente por não ser de sua responsabilidade. Assim sendo, estamos sujeitos a flagrantes práticas de discriminação do trabalho feminino em relação ao do homem, pois qual empresa não pensará duas vezes em dar preferência a um trabalhador? Ou, então, a mulher, tendo conseguido emprego, ficará condenada a um salário máximo de R$ 1.200,00?[211]

Após o recebimento da inicial, foram prestadas informações pelas Presidências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, assim como pelo Ministério da Previdência Social.

Segundo as informações da Câmara, não haveria que se falar em inconstitucionalidade, pois não foi abolida a garantia da maternidade e do emprego, havendo somente limitação ao custeio pelos cofres públicos, pois "...urge que o Estado arque com o respectivo ônus apenas até o limite ditado na Emenda 20, pena de comprometimento de todo um sistema, cujo aludido conjunto de medida visa salvaguardar". Alega ainda que, se inconstitucionalidade existisse, esta ocorreria pela atitude dos empregadores, nunca em face da Emenda Constitucional.

Nas informações prestadas pela Presidência do Senado Federal, argüiu-se, em manifesta confusão entre pressupostos de admissibilidade e mérito da ADIn, que não seria possível o controle de constitucionalidade da Emenda por ela não violar nenhum direito resguardado nos limites materiais à competência reformadora.

Alegou-se, naquela peça, além da necessidade de respeito ao teto, que "...a licença-maternidade não compõe o núcleo essencial da Constituição, razão pela qual a Emenda Constitucional em tela não pode ser contrastada com a Carta", sendo, ainda, "...da natureza dos direitos sociais, sua limitação". Por fim, em alegação que chega a parecer disparate, sustenta a Presidência do Senado que: "[...] aqueles que auferem um maior nível salarial têm aberta a possibilidade de complementar seu regime previdenciário mediante a filiação ao regime de previdência privada de caráter complementar [...]".

Já o Ministro da Previdência e Assistência Social presta informações no

sentido de que o artigo 14 da Emenda Constitucional n° 20 não teria abolido nenhum direito fundamental, assim como:

> [...] mesmo se a interpretação dada ao termo **abolir** tiver uma conotação diversa do seu verdadeiro significado, tal como **violar** ou **modificar**, ainda assim não se estaria diante de uma incompatibilidade entre as regras estabelecidas pela EC n° 20, de 1998, e as cláusulas pétreas, uma vez que a nova norma constitucional sequer trata dessas matérias[212].

Em complemento ao argumento acima, diz o Ministro que o direito previsto no inciso XVIII do artigo 7° da Constituição é exercitável contra o empregador e não contra o Estado, por se referir a emprego e salário, de forma que o benefício do salário maternidade poderia ter seu valor limitado até mesmo por lei ordinária.

Por fim, alega que, quanto à Portaria impugnada, não existe inconstitucionalidade, seja porque a Emenda Constitucional 20 traz normas constitucionais auto-aplicáveis, seja porque a Portaria é ato interno da Administração Pública, destinado somente a orientar os atos administrativos de concessão de benefícios, em anda inovando quanto à Emenda Constitucional.

Após ofertadas as informações já mencionadas, a ADIn foi incluída na pauta do dia 7.04.1999, para apreciação do pedido de liminar. Após lido o Relatório pelo Relator, Ministro Sydney Sanches, passou-se à análise do cabimento da ADIn, seja quanto à Emenda Constitucional, seja quanto à Portaria.

No que tange à Emenda Constitucional, foi a ADIn conhecida pela unanimidade da Corte, tendo o Relator, em seu voto quanto à preliminar, feito referência ao quanto já decidido na ADIn 939 (vide tópico 3.2.4) por ele relatada, afirmando-se, mais uma vez, a competência do Supremo para o controle de constitucionalidade em abstrato de normas veiculadas por Emendas à Constituição, bastando, para tanto, que seja alegada violação ao § 4° do artigo 60 da Lei Maior.

Em relação à Portaria n° 4.883, abriu-se dissensão na Corte. O relator votou no sentido de não conhecer da ADIn neste aspecto, haja vista não ter ela eficácia normativa externa, o que provoca a sua não sujeição ao controle concentrado previsto no artigo 102, I, “a” da Constituição.

De tal posicionamento discordaram os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, argüindo que, como a intenção notória da Portaria teria sido regulamentar a norma constitucional, deveria ela

ser conhecida, por se enquadrar como “ato normativo”.

Expressiva é a passagem de voto do Ministro Carlos Velloso quanto à matéria aqui abordada: “No caso, tem-se algo teratológico: uma Portaria, que, de regra, é ato de porteiro, dispondo-se a regulamentar a Constituição. Só por isto estaria sujeita ao controle de constitucionalidade”.

E complementa sua argumentação, após transcrever o teor do artigo 6° da portaria, que faz referência expressa ao salário-maternidade:

> Isto não está na Constituição. Dir-se-á: é uma interpretação do dispositivo constitucional. Trata-se, então, de interpretação da Constituição pela portaria. Só isso, penso, faria com que a ação devesse ser conhecida também nesta parte.[213]

Todavia, a maioria dos Ministros acompanhou o voto do Relator quanto ao não conhecimento da ADIn em face da citada portaria, adiando-se o julgamento quanto ao mérito para a sessão subseqüente.

Na sessão de 29.04.1999, o STF passou a analisar o mérito do pedido de liminar. Quanto a este, houve unanimidade em reconhecer que, de fato, havia, em uma primeira análise, incompatibilidade entre o direito ao salário-maternidade e o “teto” dos benefícios previdenciários estipulado pelo artigo 14 da Emenda.

Lembrando da incidência ao caso também da norma do artigo 6° da Constituição[214], na redação vigente à época[215], que estabelece a proteção à maternidade também como um direito social, a ser garantido “na forma desta Constituição”, ponderou o Relator acerca da questão prejudicial a ser analisada:

> Na verdade, é preciso averiguar se a proteção à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, é mesmo um puro e simples encargo trabalhista do empregador, ou se, na substância, tem caráter previdenciário, e se a previdência social pode responder por valor inferior a tal encargo do empregador, cabendo a este o pagamento da diferença.
>
> Enfim, é preciso discutir a natureza jurídica do direito da gestante à licença por 120 dias, sem perda do emprego e do salário que vinha percebendo até então (art. 7°, XVIII)[216].

Fundando-se em parecer juntado aos autos pelo Partido Autor, elaborado pela Professora Marly A. Cardone, Livre-Docente e Professora-Assistente-Doutora de Direito do Trabalho na Universidade de São Paulo, entendeu o Relator que o sistema jurídico brasileiro considera o benefício do salário-maternidade (que é garantia da manutenção do salário integral durante o

afastamento em razão da maternidade) como de caráter previdenciário desde 1974, o que foi acolhido mesmo após a promulgação da Constituição de 1988.

O Ministro Sydney Sanches considerou, porém, que não se poderia presumir que o Congresso Nacional, no exercício de sua competência reformadora, tivesse como objetivo descaracterizar o salário-maternidade e revogar o inciso XVIII do artigo 7°, por não existir enunciado expresso neste sentido. Mas isso não o impede de concluir pela inconstitucionalidade, ainda que parcial, da norma constitucional:

> E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7°, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torna-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico de 25 anos, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.
> [...]
> Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora.
>
> Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7°, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5° da Constituição Federal.
>
> Estará, então, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença[217].

Concluiu o Relator seu voto no sentido de deferir parcialmente a liminar requerida, para dar interpretação conforme à Constituição, "...no sentido de que tal norma não abrange a licença-gestante", mantendo-se a sistemática na qual o pagamento à trabalhadora é feito pela empresa, que o compensa com seus débitos relativos à contribuição social sobre a folha de salários.

Acompanhou o Relator o Ministro Nelson Jobim, que invocou como fundamentação alguns precedentes da Suprema Corte Americana que versaram inicialmente sobre as chamadas "affirmative actions" ou "ações afirmativas", como "Brown v. Board of Education of Topeka" (1954) e "Griggs v. Duke Power Co." (1971). Assinalou que "Essa interpretação, transferindo o excedente de R$ 1.200,00 para o empregador, teria um efeito discriminatório no mercado de trabalho", produzindo um "...efeito contrário àquilo que a Constituição estabeleceu nas suas regras fundamentais".

Digno de registro, ainda, é o trecho de voto do Ministro Marco Aurélio que,

além de repetir os fundamentos do voto do Relator, aduz também a inconstitucionalidade do artigo 14 da Emenda por contrastar com a cláusula de abertura fornecida pelo § 2° do artigo 5° da Constituição:

> Acompanho o Ministro-Relator, ressaltando também que o Brasil ratificou uma Convenção da Organização Internacional do Trabalho, anterior à Carta de 1988 e, portanto, alcançada pelo § 2° do artigo 5° da Constituição Federal, no que esse dispositivo revela que, além dos direitos explícitos e implícitos no Diploma Maior, conta-se com os decorrentes de tratados. Essa convenção obstaculiza, de forma muito clara e salutar, a transferência de qualquer ônus proveniente da maternidade ao tomador dos serviços. O Ministro Nelson Jobim escancarou a razão de ser dessa norma da Organização Internacional do Trabalho: evitar, justamente, a discriminação, ou, então, a exigência de que a candidata ao emprego apresente um atestado, revelando ter ligado as trompas e, assim, não poder ter filhos[218].

Concluiu o Excelso Pretório, assim, em deferir a medida liminar, com eficácia “ex tunc”, no sentido de excluir do âmbito material do artigo 14 da Emenda Constitucional n° 20, o benefício do salário-maternidade. Eis a ementa do julgamento da liminar, publicada no Diário da Justiça de 14.09.2001:

> DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIARIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALARIO. LIMITACAO. ACAO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20, DE 15.12.1998, E DO ART. 6. DA PORTARIA N. 4.883, DE 16.12.1998, BAIXADA A 16.12.1998, PELO MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDENCIA E ASSISTENCIA SOCIAL. ALEGACAO DE VIOLACAO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3., IV, 5., I, 7., XVIII, E 60, . 4., IV, DA CONSTITUICAO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR. 1. Portaria ministerial não pode regulamentar norma constitucional, menos ainda quando esta e auto-aplicÁvel e por isso mesmo independe de regulamentação. Se vem a ser baixada, e de ser interpretada como de eficácia apenas interna, ou seja, no âmbito da Administração Publica, no caso, da Previdência e Assistência Social, destinada somente a orientar os servidores subordinados ao Ministério. 2. E, não tendo, a norma impugnada, da Portaria, eficácia normativa externa, não esta sujeita ao controle concentrado de constitucionalidade, por esta Corte, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme sua pacifica jurisprudência. 3. Precedentes do S.T.F. 4. Sendo assim, e acolhida preliminar, para não se conhecer desta A.D.I., no ponto em que impugna o art. 6. da Portaria n. 4.883, de 16.12.1998, do M.P.A.S., o qual, porem, ficara sujeito ao controle difuso de constitucionalidade e legalidade, nos órgãos judiciários competentes, e na solução de casos concretos, .inter- partes||. Quanto a esse dispositivo, portanto, resulta prejudicado o requerimento de medida cautelar. 5. O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que e admissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas clausulas pétreas da Constituição originaria (art. 60, . 4., da C.F.). Precedente: A.D.I. n. 939 (RTJ 151/755). 6. No caso presente, o autor alega violação das normas contidas no art. 3., inc. IV, no art. 5., .caput||, e inc. I, no art. 7., inc. XVIII, e, por via de conseqüência, do art. 60, . 4., inc. IV, da C.F./88. 7. Observado o precedente, e rejeitada a 2. preliminar, relativa a inadmissibilidade de A.D.I. contra Ementa Constitucional. Resta, portanto, conhecida a Ação, no que concerne a impugnação do art. 14 da E.C. n. 20/98. 8. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção a gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo apos a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6. determina: a proteção a maternidade deve ser realizada “na forma desta Constituição”, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7., XVIII: .licença a gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias||. 9. Diante desse quadro histórico, não e de

se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7., XVIII, da Constituição Federal originaria. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. n. 20/98 conteria referencia expressa a respeito. E, a falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7., XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torna-la insubsistente, implicara um retrocesso histórico, em matéria social- previdenciária, que não se pode presumir desejado. 10. E, na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, respondera apenas por R$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador respondera, sozinho, pelo restante, ficara sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7., inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substancia, e um desdobramento do principio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5. da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer a mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não e crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não e de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 11. Estando preenchidos os requisitos da plausibilidade jurídica da ação ("fumus boni iuris") e do "periculum in mora", e de ser deferida a medida cautelar. Nao, porem, para se suspender a eficácia do art. 14 da E.C. n. 20/98, como, inicialmente, pretende o autor. Mas, como alternativamente pleiteado, ou seja, para lhe dar, com eficácia “ex tunc”, interpretação conforme a Constituição, no sentido de que tal norma não abrange a licença-gestante, prevista no art. 7., inc. XVIII, da CF/88, durante a qual continuara percebendo o salário que lhe vinha sendo pago pelo empregador, que respondera também pelo "quantum" excedente a R$1.200,00, por mês, e o recuperara da Previdência Social, na conformidade da legislação vigente.

Após apresentação de defesa, pela Advocacia Geral da União, deu-se manifestação da Procuradoria Geral da República favorável à procedência da ADIn, na parte em que conhecida, para “declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 14, da emenda constitucional nº 20, de 1998, conferindo-lhe interpretação conforme a constituição”.

A ADIn foi incluída na pauta da sessão de 03.04.2003, na qual foi efetivamente julgada, tendo sido a medida liminar integralmente ratificada pela integralidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ali presentes. Do julgado, resultou a seguinte ementa, publicada em 16.05.2003:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6° determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7°, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias". 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14,

haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime.

Sob determinado aspecto, é possível sustentar que o Supremo Tribunal Federal, em tal julgado, reconheceu, pela quarta vez em sua história, a inconstitucionalidade de uma norma constitucional, ainda que fosse tal inconstitucionalidade relativa a parte da norma, já que, embora o controle de constitucionalidade possa ser feito diretamente sobre o texto, também poderá ele incidir diretamente sobre a norma jurídica que, como sustentado no capítulo 2, com ele não se identifica. Tanto isto é verdade que a ADIn foi julgada parcialmente procedente.

Porém, mesmo que não acolhida nossa visão, haveria ainda que se registrar que o julgamento ora analisado correspondeu à primeira oportunidade em que a Excelsa Corte emitiu uma “decisão interpretativa”, ou procedeu à interpretação conforme à Constituição, tendo por objeto uma norma constitucional, ainda que não originária.

5 CONCLUSÕES

Em nossa introdução, propusemo-nos a analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para identificar os casos em que aquela Excelsa Corte reconhece a inconstitucionalidade de normas constitucionais presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Formulou-se hipótese no sentido de que o Supremo Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade de normas constitucionais somente nos casos em que esta inconstitucionalidade decorra de vício presente em uma Emenda à Constituição.

Traçado o marco teórico com a doutrina de Otto Bachof, verificamos cada uma das hipóteses por ele levantadas acerca da inconstitucionalidade de normas constitucionais. Tais formulações foram divididas em dois grandes grupos, a saber: violação a direito constitucional escrito e violação a direito constitucional não-escrito.

No primeiro grupo, Bachof analisa as seguintes hipóteses: a) Inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais; b) Inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição; c) Inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior; d) Inconstitucionalidade resultante da 'mudança de natureza' de normas constitucionais - Cessação de vigência sem disposição expressa e e) Inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional.

No segundo grupo, Bachof destaca as situações nominadas a seguir: a) Infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição; b) Infração de direito constitucional consuetudinário; c) Infração de direito supralegal não positivado.

Acerca de tais hipóteses de inconstitucionalidade de normas constitucionais, cujo conteúdo específico foi identificado ao longo do relatório, podemos verificar, após a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a Excelsa Corte analisou somente 3 destas hipóteses.

A “inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição” é admitida pelo STF desde 1926, como se viu da análise do HC 18.178. Tal posicionamento veio sendo mantido ao longo das décadas, como no MS 20.257 (julgado quando da vigência da CF/67) e reiterado no julgamento das ADIn’s posteriores à

Constituição. A possibilidade foi verificada e posta em prática em 4 ADIn's, a saber: ADIn 926/939 (inobservância, pelo IPMF, do princípio da anterioridade e das imunidades tributárias do art. 150, VI), ADIn 2031 (inconstitucionalidade formal do § 3° do artigo 75 do ADCT, na redação dada pela EC 21/99), ADIn 1946 (limitação do salário-maternidade tendente à discriminação entre os sexos), ADIn 3105 (tratamento anti-isonômico entre servidores inativos no que tange à base de cálculo da contribuição em face deles instituída).

A "inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional" foi apreciada por oportunidade do julgamento da ADIn 805, tendo sido expressamente rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, vez que este não poderia jamais atuar como fiscal do Poder Constituinte Originário.

A "inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição" que, como se viu, possui grande ligação com uma interpretação que fuja à mera literalidade do enunciado constitucional, também é admitida no Supremo Tribunal Federal, como se pôde ver da análise das ADIn's 926, 939 e 1946, já que, embora não se tenha, nos casos ali discutidos, efetivamente abolido a Federação, as liberdades fundamentais tuteladas pelas imunidades do artigo 150, VI da Constituição ou a isonomia entre os sexos, reconheceu-se que tais normas constitucionais violavam a essência do texto Constitucional.

Quanto às demais situações versadas por Bachof[219], nosso estudo demonstrou não ter havido manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal acerca delas. Seria discutível sustentar a admissibilidade, por exemplo, da "Infração de direito supralegal não positivado" com base na leitura feita por alguns Ministros do § 2° do artigo 5° da Constituição já que, não obstante o enunciado constitucional forneça parâmetros para sua admissibilidade, a interpretação do dispositivo feita, por exemplo, no julgamento da ADIn 939 (Voto do Min. Marco Aurélio) ou no da ADIn 1.805 (Voto do Min. Néri da Silveira) se deu no sentido de utiliza-lo para conferir fundamentalidade a outros direitos previstos na Constituição, embora não presentes no rol de seu artigo 5°. Não haveria como enquadrar, aí, violação a "direito constitucional **não escrito**".

Verificamos, então, que a hipótese que fora por nós formulada se confirmou, já que constatamos que os únicos casos em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de normas constitucionais decorrem de vício presente em uma Emenda à Constituição, não obstante haja espaço, dentro desta moldura, para verificar não somente a "inconstitucionalidade de leis

de alteração da Constituição", mas também da "inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição".

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, 92p.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. México: Distribuciones Fontamara, 1997.

ALEMANHA, Constituição (1949). Promulga a Constituição da República Federal da Alemanha. Disponível em http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/art__19.html, acesso em 14.09.05.

APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**: instrumento de tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2002, 167p.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, 191p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 196.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, 299p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001, 192p.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Icone, 1995, 239p.

BONAVIDES, Paulo. O art. 45 da Constituição Federal e a Inconstitucionalidade de normas constitucionais. In: BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2 ed. 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOFILL, Héctor López. **Decisiones Interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley.** Tirant lo Blanch: Valencia, 2004, 430 p.

BRASIL, Constituição (1824). Outorga a Constituição política do Império do Brazil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao24.htm>. Acesso em 20.09.05

BRASIL, Constituição (1891). Promulga a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao91.htm>. Acesso em 20.09.05

BRASIL, Constituição (1967). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao67.htm>. Acesso em 20.09.05

BRASIL, Constituição (1967). Emenda Constitucional n° 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 5 set. 2005.

BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em 5 set. 2005.

BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/con1988/CON1988_12.09.1996/index.htm>, acesso em 02.10.05

BRASIL, Constituição (1988). Emenda Constitucional n° 16, de 04 de junho de 1997. Dá nova redação ao § 5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput do art. 77 e ao art. 82 da Constituição Federal. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc16.htm>. Acesso em 2 out. 2005.

BRASIL, Constituição (1988). Emenda Constitucional n° 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 5

set. 2005

BRASIL. Lei Federal n° 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 03.09.05

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ajuíza Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Governador do Estado do Rio Grande do Sul x Congresso Nacional. Disponível em < http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/Frame.asp?classe=ADI&processo=815&remonta=2&primeira=1&ct=34>. Acesso em 05. set. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Declara constitucional o art. 33 do ADCT da CF/88**. Município de Santos x Santos e Ferreira Ltda. DJ 09/06/1995, pp. 17246.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A) conhecer do pedido; b) julgar improcedente a argüição de inconstitucionalidade da Reforma da lei fundamental da República; c) negar a ordem, dispensadas as informações à vista do que constar dos autos**. HC 18.178. General João Maria Xavier de Britto e outros x Governo da República. Rel. Min. Xavier Albuquerque. J. 01.10.1926.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido de fiscalizar o Poder Constituinte Originário**. ADIn 815. Governador do Estado do Rio Grande do Sul x Congresso Nacional. Rel. Min. Moreira Alves. J. 28.03.1996. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 20.09.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação não conhecida, por não ser possível o controle jurisdicional prévio e abstrato da constitucionalidade da Emenda, embora o *a posteriori* seja viável**. ADIn 466. Partido Socialista Brasileiro - PSB x Congresso Nacional. Rel. Min. Celso de Mello. J. 03.04.1991. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 02.09.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Não há inconstitucionalidade na antecipação do plebiscito, pois este não é limite temporal ao poder de reforma e porque é possível emendar o ADCT**. ADIn 829. Partido da Reedificação da Ordem Nacional - PRONA x Congresso Nacional. Rel. Min.

Moreira Alves. J. 14.04.1993. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 05.09.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03/93, NO TOCANTE A INSTITUIÇÃO DESSA AÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. TRAMITAÇÃO DA AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE. Incidente que se julga no sentido da constitucionalidade da emenda constitucional n. 3, de 1993, no tocante a ação declaratória de constitucionalidade**. ADC n° 01, Questão de Ordem. Presidente da República; Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal. Rel. Min. Moreira Alves. J. 27.10.1993. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 02.09.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Somente os expressamente legitimados pela Constituição podem ajuizar ADC**. ADC 02. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE EMBALAGENS PLÁSTICAS FLEXÍVEIS. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 09.06.1997. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 05.09.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do IPMF no ano de 1993**. ADIn 939. Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio x Congresso Nacional. Rel. Min. Sydney Sanches.. J. 15.12.93. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 10.09.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Indeferida laminar quanto à suposta inconstitucionalidade da reeleição do Presidente da República, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal e dos Prefeitos, bem como dos que os hajam sucedido ou substituído no curso dos mandatos, para um único período subseqüente**.. ADIn 1805. Partido Democrático Trabalhista – PDT; Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Comunista do Brasil – Pc do B e Partido Liberal – PL x Presidente da República; Congresso Nacional; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa do Senado Federal; Tribunal Superior Eleitoral. Rel. Min. Néri da Silveira. J. 26.03.1998. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 01.10.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Indeferida liminar, pois a**

Federação deve ser lida conforme o Direito Constitucional Positivo. ADInMC 2024. Estado do Mato Grosso do Sul x Congresso Nacional. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 27.10.1999. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 07.09.05

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CUMPRIMENTO DA DECISÃO. 1. Desnecessário o trânsito em julgado para que a decisão proferida no julgamento do mérito em ADI seja cumprida**. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 23.06.04. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 05.09.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inconstitucionalidade formal do § 3° do art. 75 do ADCT, acrescentado pela EC 21/99**. ADIn 2031. Partido dos Trabalhadores - PT x Congresso Nacional. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 29.09.1999. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 05.09.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADIn julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal.** ADIn 1946. Partido Socialista Brasileiro – PSB x Congresso Nacional. Rel. Min. Sydney Sanchez. J. 07.04.1999. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 02.09.05.

BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional. In: SILVA, Virgilio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005, 392p.

BUZAID, Alfredo. É constitucional o artigo 33 do “Ato das Disposições Transitórias” da Constituição de 1988?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 669, p. 7-9, jul. 1991, p. 9.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 19XX, 1461p.

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002, 381 p.

COSTA, José Manual Cardoso da. **A Hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais**. Texto apresentado em Ankara, Turquia, quando da VIIIª Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, entre 7 e 9 de maio de 1990. Disponível em http://w3b.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020104.html?pesquisa=480/89#PESQ001, acesso em 21/09/2005.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos.** São Paulo: Saraiva, 1989 , p. 127.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 392p.

GRAGLIA, Lino A. How the Constitution Disappeared. In: RAKOVE, Jack N. (org.). **Interpreting the Constitution:** the debate over original intent. Boston: Northeastern University Press, 1994. 35 p.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** São Paulo: Malheiros, 2002, 226p.

KATTAH, Eduardo. Jobim nega inclusão de artigos não-votados na Constituição. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 10 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/parceiro/click21/noticias/2003/nov/10/201.htm>. Acesso em 05 set.2005.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 319p.

MEDEIROS, Lydia. Constituição Cidadã: avanços e revelações. **O Globo.** Rio de Janeiro, 7 de outubro de 2003. Disponível em <www.oglobo.com.br.> Acesso em 5 set. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Extensão das alterações dos contratos administrativos : a questão dos 25%. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador,CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em:

<http://www.direitopublico.com.br.> Acesso em 13.09.2005

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 395p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II: constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996.

NOVELLI, Flavio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2°, § 2° da EC 3/93. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, ano 3, n. 13, out-dez. 1995. pp. 18-50.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. In: MODESTO, Paulo. MENDONÇA, Oscar (coord.). **Direito do Estado**: novos rumos. Tomo 1 – Direito Constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp 23-44.

PILETTI, Nelson. ARRUDA, José Jobson de A. **Toda a História**: História Geral e História do Brasil. 11. ed. São Paulo: Ática, 2000, 496p.

PIMENTEL, Genaro David Góngora. El control de la reforma constitucional. In: GÓMEZ, Juan Vega. SOSA, Edgar Corzo (coord.). **Tribunales y justicia constitucional.** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2002, p. 239-246. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org./libros/libro.htm?l=343.> Acesso em 7 jul. 2005.

PORTUGAL, Constituição (1976). Promulga a Constituição da República Portuguesa. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html> , acesso em 21.09.05.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Nestes termos, decide-se não tomar conhecimento do recurso**. Processo nº 38/94. A. x Câmara Municipal de Lisboa. Rel. Cons. Monteiro Diniz. J. 12.05.1994. Disponível em <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos94/301-400/38794.htm>. Acesso em 21.09.05.

RADBRUCH, Gustav. Anotações para Estudantes – 1945. In: KAUFMANN, Arthur (org.). **Obras Reunidas de G. Radbruch**. Heidelberg: 1990, Tomo 3, pp.78-82. Tradução livre do Prof. Dr. Aloísio Krohling.

SÁNCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 100, p. 57-100, 1998.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Versión española de Francisco Ayala. Alianza Editorial: Madrid, 1996, 2a. impressão. 377p.

SILVA, Dimas Salustiano da. Teoria das normas constitucionais "inconstitucionais". **Revista de direito administrativo e constitucional.** Curitiba: Juruá. 2000.

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

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, 392p.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3. ed. Vol. 1. New York: Foundation Press, 2000, 1470p.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 404p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça** (em ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 1999.

WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional Analysis**. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979.

---

[1] Normas constitucionais integrantes de textos anteriores ao de 1988 não foram abrangidas pela pesquisa, com exceção de um ou outro caso que pudesse apresentar relevância para a formulação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição.

[2] Segundo Canotilho, “A lei constitucional impõe-se como determinante heterônoma superior e como parâmetro da constitucionalidade não só quando o legislador actua em desconformidade com as normas e princípios da constituição como quando permanece inerte, não cumprindo as normas constitucionalmente impositivas de medidas legislativas necessárias para a concretização da lei fundamental”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 19XX, p. 889)

[3] Na integralidade do período abrangido pela pesquisa, a legitimação para a propositura da

ADC ainda era restrita ao Presidente da República, ao Procurador Geral da República e às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Esta situação mudou com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, que estendeu a todos os legitimados para a propositura de ADIn a possibilidade de propor a ADC.

[4] Pondera ainda Gilmar Ferreira Mendes acerca do caráter "corretivo" do controle em abstrato, quando comparado com o controle difuso: "Esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente". (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78).

[5] Um exemplo em que isso ocorreu foi a ADIn 1.851, provocada pela Confederação Nacional do Comércio, que alegava a incompatibilidade da cláusula segunda do convênio ICMS n° 13/97 com o § 7° do artigo 150 da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional n. 3. A liminar foi concedida por unanimidade dos presentes, sob o fundamento de que o dispositivo constitucional garantia às empresas sujeitas à substituição tributária "para frente" a restituição do tributo pago sobre fato gerador que tenha ocorrido em proporção econômica menor do que o "fato gerador presumido". Porém, quando do julgamento do mérito, o STF alterou radicalmente a orientação e, pelo voto da maioria (vencidos os Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello e Marco Aurélio), julgou improcedente a ADIn. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal.Ação conhecida em parte e nesta parte julgada procedente. Considerou-se inconstitucional lei estadual que previa a restituição da diferença de ICMS pago a maior pelo contribuinte quando o fato gerador real se der em proporções inferiores ao fato gerador ficto. ADIn 1851 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO – CNC x GOVERNADOR DO ESTADO DE ALAGOAS e OUTROS. Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 03/10/2002. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.09.05).

[6] Naquele país, inclusive, o chamado "ativismo judicial" se manifesta de uma forma tão intensa que levou alguns estudiosos, como Lino Graglia, a indagar como teria a Constituição Americana "desaparecido", para dar lugar ao entendimento dos juízes acerca do que seriam as normas constitucionais (GRAGLIA, Lino A. How the Constitution Disappeared. In: RAKOVE, Jack N. (org.). **Interpreting the Constitution:** the debate over original intent. Boston: Northeastern University Press, 1994. 35 p.)

[7] SÁNCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 100, p. 57-100, 1998.

[8] A doutrina do *self restraint* surge nos Estados Unidos da América como conseqüência da ideologia originalista de interpretação da Constituição, como bem pondera Miguel Nogueira de Brito: "O originalismo apresenta-se, assim, como uma teoria interpretativa cuja preocupação central parece ser a legitimidade da atuação dos tribunais, e postula uma restrição judicial em face dos atos dos órgãos constitucionais democraticamente eleitos (*judicial restraint*, *judicial deference*)". (BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional. In: SILVA, Virgilio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 60.)

[9] Virgílio Afonso da Silva entende a hierarquia entre normas constitucionais como "grau de importância" (SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 124-125.) Aqui, todavia, quando falamos em hierarquia, referimo-nos à relação de subordinação entre normas, na qual a norma superior regula o procedimento e o conteúdo possível da norma inferior.

[10] SÁNCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX. **Revista de**

Estudios Políticos, Madrid, n. 100, p. 57-100, 1998.

[11] É indene de dúvidas que a verificação da possibilidade de que normas presentes no corpo formal da Constituição sejam consideradas como “inconstitucionais” leva a uma certa insegurança jurídica, já que, neste cenário hipotético, ficaria a dúvida acerca de quais seriam, de fato, as normas constitucionais válidas, e qual o critério (normativo, axiológico ou outro) para identificá-las.

[12] Segundo Severino, “Entende-se por métodos os procedimentos mais amplos de raciocínio, enquanto técnicas são procedimentos mais restritos que operacionalizam os métodos, mediante emprego de instrumentos adequados”. (SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico.** 22. ed. revista e ampliada. São Paulo: Cortez, 2002, p. 162)

[13] Para uma visão completa acerca das decisões interpretativas em sede de controle de constitucionalidade, com amplo estudo de suas origens e incidência no Direito Comparado, Cf. BOFILL, Héctor López. **Decisiones Interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley.** Tirant lo Blanch: Valencia, 2004, 430 p.

[14] “No interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte (originário), não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem vemos como órgãos de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer das suas normas. É um princípio de identidade ou de não contradição que o impede." (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II (constituição e inconstitucionalidade). 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996, p. 320)

[15] RADBRUCH, Gustav. Anotações para Estudantes – 1945. In: KAUFMANN, Arthur (org.). **Obras Reunidas de G. Radbruch**. Heidelberg: 1990, Tomo 3, pp.78-82. Tradução livre do Prof. Dr. Aloísio Krohling.

[16] BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, 92p.

[17] SILVA, Dimas Salustiano da. Teoria das normas constitucionais "inconstitucionais". **Revista de direito administrativo e constitucional.** Curitiba: Juruá. 2000, pp. 101-102

[18] VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 209-210.

[19] BACHOF, op. cit., p. 10.

[20] Idem, ibidem, p. 13.

[21] Idem, ibidem, p. 17.

[22] BACHOF, op. cit., p. 19.

[23] Idem, ibidem, p. 20.

[24] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 196/200.

[25] BACHOF, op. cit., p. 21.

[26] Idem, ibidem, p. 23.

[27] Idem, ibidem, p. 27.

[28] Carl Schmitt, que é amplamente conhecido como o teórico do nazismo, defendia que a

Guarda da Constituição deveria ser efetuada pelo Führer (Chefe do Executivo Alemão), e nunca por um Tribunal Constitucional. Tal tema rendeu uma conhecida polêmica com Hans Kelsen, que argumentava em favor do Tribunal Constitucional. Cf. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 237-298. O texto, em sua versão original, tem o título de "Quem deve ser o Guardião da Constituição?" (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, no original, publicado em 1930-1931*).*

[29] BACHOF, op. cit., p. 27.

[30] Idem, ibidem, p. 31.

[31] Idem, ibidem, p. 31.

[32] Idem, ibidem, p. 36.

[33] BACHOF, op. cit., p. 39.

[34] Idem, ibidem, p. 43.

[35] Idem, ibidem, p. 46.

[36] BACHOF, op. cit., p. 49.

[37] BACHOF, op. cit., pp. 48-49.

[38] BACHOF, op. cit., p. 49.

[39] Idem, ibidem, p. 50.

[40] "É isto o que acontece, em primeiro lugar, quando o próprio documento constitucional torna a sua entrada em vigor dependente de condições. Assim, se por hipótese a Lei Fundamental tivesse sido promulgada e publicada *sem* a aceitação dos órgãos de representação popular em dois terços dos Estados federados alemães, prescrita obrigatoriamente no seu art. 144, nº I, de modo nenhum teria surgido uma Constituição válida – conclusão esta que também em nada seria alterada por uma eventual declaração inexacta, no momento da publicação, de que a aceitação se verificara". (BACHOF, op. cit., p. 50)

[41] Artigo VII da Constituição Americana, extraído de COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002, p. 356.

[42] BACHOF, op. cit., p. 50.

[43] MEDEIROS, Lydia. Constituição Cidadã: avanços e revelações. **O Globo.** Rio de Janeiro, 7 de outubro de 2003. Disponível em <www.oglobo.com.br.> Acesso em 5 set. 2005.

[44] "O vice-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Nelson Jobim, negou nesta segunda-feira que artigos ou trechos tenham sido incluídos indevidamente no texto final da Constituição de 1988. Jobim argumentou que todas as mudanças que não passaram pela votação em dois turnos no plenário foram ratificadas por uma votação final, chamada pelo então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, de turno final único - ocorrido, segundo ele, em 22 de setembro de 1988, tendo 474 votos favoráveis, 15 contrários e seis abstenções. Na interpretação do ministro, que na época era deputado constituinte pelo Rio Grande do Sul, tal votação equivale a um terceiro turno e, portanto, legitima todas as mudanças. 'Tudo foi transparente', disse Jobim, que participou da abertura do seminário 'A (Re)Constituição do Brasil'. No mês passado, Jobim tornou público que o artigo que prevê a harmonia e a separação dos poderes da república foi incluído na Carta Magna sem passar pelo crivo dos constituintes. Apresentou o assunto como uma revelação, destacando um segundo artigo que também teria

sido incluído sem a votação. O ministro disse que manteve o segredo por 15 anos, porque tinha firmado um pacto com Ulysses". (KATTAH, Eduardo. Jobim nega inclusão de artigos não-votados na Constituição. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 10 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/parceiro/click21/noticias/2003/nov/10/201.htm>. Acesso em 05 set.2005)

[45] BACHOF, op. cit., p. 51.

[46] BRASIL, Constituição (1967). Emenda Constitucional n° 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 5 set. 2005.

[47] BACHOF, op. cit., pp. 51-52.

[48] BACHOF, op. cit., p. 53.

[49] Nos Estados Unidos da América, a validade da Emenda à Constituição, além de aprovação congressual por maioria qualificada, depende também de sua ratificação por três quartos dos Estados federados (COOLEY, op. cit., p. 355).

[50] WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional Analysis**. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, p. 31-32. Segundo o autor, tal posicionamento foi fixado no caso "Coleman v. Miller", que envolvia discussão acerca de emenda autorizando o congresso a banir o trabalho infantil, que tomou por base a ratificação da 14a. emenda à Constituição. Nesta emenda, 3 Estados do Sul rejeitaram e voltaram atrás depois de elegeram novos governantes, assim como 2 Estados do Norte ratificaram e depois voltaram atrás. Para a aprovação da emenda, o voto de todos estes cinco estados era imprescindível. O Congresso, à época, levou em consideração que todos os Estados tinham ratificado a emenda, promulgando-a. No caso, a Suprema Corte se negou a analisar a questão da eficácia das primeiras ratificações dos Estados do Sul e das mudanças de opinião dos Estados do Norte, classificando-a como questão política. Caberia então ao Congresso resolver a questão.

[51] PIMENTEL, Genaro David Góngora. El control de la reforma constitucional. In: GÓMEZ, Juan Vega. SOSA, Edgar Corzo (coord.). **Tribunales y justicia constitucional.** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2002, p. 239-246. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org./libros/libro.htm?l=343.> Acesso em 7 jul. 2005. Para um apanhado geral acerca do tema junto à doutrina mexicana e também internacional, Cf. SCHMAL, Raúl González. ¿Una reforma a la Constitución puede ser inconstitucional? M**emoria del simposio internacional el significado actual de la Constitución**. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1998, p. 319-350.

[52] BACHOF, op. cit., p. 55.

[53] BACHOF, op. cit., p. 56.

[54] Eis o teor do citado artigo, que está localizado topograficamente no capítulo XI da Constituição Alemã, o qual versa sobre as "Disposições Transitórias e Finais": "Lei federal regulará a situação jurídica de funcionários públicos, incluindo refugiados e exilados, que, em 8 de maio de 1945, trabalhavam no Serviço Público, foram demitidos por motivos outros que não aqueles reconhecidos em estatutos do funcionalismo civil ou em convenções coletivas de trabalho e que até hoje não foram reintegrados ou estão empregados em funções que não correspondem àquelas que ocupavam anteriormente. A mesma regra se aplicará, no que couber, a pessoas, incluindo refugiados e exilados, que, em 8 de maio de 1945, tinham direito e pensões ou outros benefícios sociais mas que, por motivos outros que não aqueles reconhecidos em estatutos do funcionalismo civil ou em convenções coletivas de trabalho, tenham deixado de receber as referidas pensões ou benefícios sociais ou não os estejam recebendo devidamente. **Até que lei federal reguladora da matéria entre em vigor, não serão admitidas ações legais, salvo se lei estadual**

dispuser em contrário." (grifos nossos) (ALEMANHA, Constituição (1949). Promulga a Constituição da República Federal da Alemanha. Disponível em http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/indice_20geral.html, acesso em 02.09.05)

[55] É importante afirmar que Bachof não considera o direito de acesso ao Judiciário como um direito fundamental suprapositivo: "a garantia dos direitos fundamentais, contudo, poderia também obter-se de maneira diferente da do recurso ao juiz, e o certo é que uma cláusula de recurso judicial de tal maneira ampla é inteiramente estranha a outras Constituições cujo caráter próprio de um Estado-de-Direito não é posto em dúvida". (BACHOF, op cit., p. 56)

[56] A citada liberdade fora prevista nos seguintes termos "4.Quem tiver seus direitos lesados pelo Poder Público poderá recorrer à via judicial. Não havendo foro especial, o recurso deverá ser encaminhado à Justiça comum. Este parágrafo não interferirá no disposto na segunda frase do § 2 do artigo 10." (ALEMANHA, Constituição (1949). Promulga a Constituição da República Federal da Alemanha. Disponível em http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/indice_20geral.html, acesso em 02.09.05)

[57] BACHOF, op. cit., p. 57/59.

[58] Embora o dispositivo (já transcrito anteriormente) não faça menção expressa ao regime de Hitler, a alusão ao dia 8 de maio de 1945 como paradigma para a verificação da situação jurídica da pessoa prejudicada nos leva a esta conclusão, tendo em vista que o dia anterior (7 de maio de 1945) é a data oficial de rendição de Adolph Hitler na Segunda Guerra Mundial, ocasião em que "...o alto comando alemão assinou a capitulação final e incondicional da Alemanha". (PILETTI, Nelson. ARRUDA, José Jobson de A. **Toda a História**: História Geral e História do Brasil. 11. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 376)

[59] BACHOF, op. cit., pp. 59-60.

[60] "Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos." (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em 5 set. 2005.)

[61] No caso específico do Art. 8º, § 3º do ADCT da CF/88, em que se garantia a reparação econômica àqueles que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional em razão de atos da ditadura militar, vem decidindo o STF pela aplicação direta da norma, possibilitando ao prejudicado que ajuíze ação de liquidação (sem a necessidade de passar por prévio processo de conhecimento). Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção deferido em parte para autorizar a liquidação da indenização independente de processo de conhecimento. MI 543. Renato Tinoco Arantes e Outros x Congresso Nacional. Rel. Min. Octavio Gallotti. J. 26.10.2000. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 02.09.05.

[62] É interessante verificar que a construção de Krüger data de 1949, alguns anos antes da primeira decisão do Tribunal Constitucional alemão que viria dar origem ao instituto do "Apelo ao Legislador" (*Apellentscheidung*), que se mostrou como uma forma eficaz de solucionar omissões inconstitucionais. Referido instituto, como precisa Gilmar Mendes, teria sido aplicado pela primeira vez pelo *Bundesverfassungsgericht* em 4 de maio de 1954, em decisão sobre o Estatuto do Sarre. Posteriormente, o instituto se desenvolveu para ser aplicado em três situações tipo: mudança nas relações

fáticas, inadimplemento do dever constitucional de legislar e falta de evidência da ofensa constitucional. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 267/268-275).

[63] BACHOF, op. cit., p. 60.

[64] Os Tribunais alemães começaram a acolher esta argumentação sob a insígnia do "Apelo ao Legislador" com fundamento no inadimplemento do dever de legislar, passando assim a aplicar a norma constitucional. (MENDES, op. cit., p. 273)

[65] BACHOF, op. cit., p. 61. Nota-se, mais uma vez, a similitude da situação com as hipóteses de cabimento do "Apelo ao Legislador", neste caso sob o fundamento de mudança nas relações fáticas (alterações no contexto fático que levariam à inconstitucionalidade). Cf. MENDES, op. cit., pp. 268-272.

[66] BACHOF, op. cit., p. 62.

[67] "Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. § 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor. § 2º As prestações anuais a que se refere o caput deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora. § 3º O prazo referido no caput deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse. § 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação". (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. > Acesso em 5 set. 2005).

[68] "Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição. Parágrafo único. Poderão as entidades devedoras, para o cumprimento do disposto neste artigo, emitir, em cada ano, no exato montante do dispêndio, títulos de dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento". (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em 5 set. 2005).

[69] A única referência ao artigo 33 do ADCT é feita pela CNI, para fundamentar a alegada inadequação da medida e, logo, sua inconstitucionalidade por violação à razoabilidade, *in verbis*: "Ao contrário, o artigo 33 do ADCT, na Constituição originária, com o mesmo fim, já havia efetuado um parcelamento em 8 anos, e nem por isso as finanças estatais ficaram saneadas". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ajuíza Ação Direta de Inconstitucionalidade. CNI x Presidente da República. Disponível em <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/Frame.asp?classe=ADI&processo=2356&remonta=2&primeira=1&ct=23>. Acesso em 05. set. 2005).

[70] Segundo noticia o sítio do STF na Internet: "Para Ellen Gracie, não há qualquer

inconstitucionalidade na parte do dispositivo que trata do pagamento parcelado de precatórios pendentes de pagamento na data de promulgação da emenda. ‘A norma impugnada, respeitando a primazia conferida pela Constituição Federal aos créditos alimentícios, buscou, por meio de medida excepcional, e absolutamente necessária ao reequilíbrio financeiro orçamentário das unidades federadas, conformar o dever do Estado de quitar os débitos judicialmente reconhecidos com as limitações financeiras dos cofres públicos’, disse ela. Mas para a ministra, é inconstitucional a parte do caput do artigo 78 da ADCT que inclui no parcelamento precatórios que vierem a surgir de ações judiciais ajuizadas até de 31 de dezembro de 1999. ‘Entendo ter essa fórmula se distanciado das circunstâncias de necessidade e adequação, que tornam, ao meu ver, o parcelamento excepcional dos precatórios uma medida legítima de estratégia política ao se alcançar a resolução do problema do descumprimento estatal das decisões judiciais’, afirmou. Segundo Ellen Gracie, os litigantes cujas ações se arrastarão por vários anos, até o reconhecimento definitivo do direito reclamado, possuem o mesmo direito de concorrer no futuro em iguais condições com aqueles que iniciaram suas ações no início do ano de 2000 ou após a promulgação da EC 30. Para ela, o parcelamento desse tipo de crédito fere o princípio da isonomia, uma garantia fundamental protegida por cláusula pétrea (artigo 60, parágrafo 4º, inciso 4º, da Constituição)”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pedido de vista suspende julgamento de pagamento parcelado de precatórios. Brasília, 02 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=104201&tip=UN&param=gracie>. Acesso em 05. set. 2005).

[71] “O ministro Eros Grau, que foi acompanhado pelo ministro Joaquim Barbosa, disse que o artigo 2º da Emenda 30 não consubstancia texto normativo de ordem processual, mas de finanças públicas. Segundo ele, o dispositivo objetiva equalizar as possibilidades de o Estado pagar seus precatórios a partir das receitas auferidas, sem o sacrifício da prestação dos serviços públicos essenciais. ‘A Constituição ganha eficácia afirmando sua força normativa precisamente na medida em que seus preceitos sejam conformados à e pela realidade social’, sustentou.” (idem, ibidem).

[72] Ayres Britto disse que o poder público não descumprirá “com tanto desembaraço” normas constitucionais e direitos subjetivos se perceber que o desrespeito às ordens judiciais consubstanciadas nos precatórios encontra pronta reação por parte do Supremo. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pedido de vista suspende julgamento de pagamento parcelado de precatórios. Brasília, 02 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=104201&tip=UN&param=gracie>. Acesso em 05. set. 2005).

[73] BACHOF, op. cit., p. 62.

[74] BACHOF, op. cit., p. 63.

[75] Idem, ibidem.

[76] Como justificar, por exemplo, o conflito entre o direito fundamental à vida e o direito igualmente fundamental à dignidade da pessoa, presente em norma que comine como crime, por exemplo, o aborto de feto anencéfalo? Seguindo a lógica aplicada quando abordadas as possíveis contradições entre normas constitucionais (tópico 2.1.1.3), Bachof provavelmente tenderia a circunscrever os limites dos direitos suprapositivos citados de forma que um limite o outro, evitando assim uma possível antinomia. Isto porque os conflitos entre normas constitucionais são por ele tratados da forma tradicional, ou seja, no plano abstrato.

[77] Esclarecedoras são as palavras de Canotilho: "Ponderar os princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios num caso concreto, tem maior peso ou valor. Harmonizar princípios equivale a uma contemporização ou transacção, *entre princípios de forma a assegurar, nesse caso concreto, a aplicação dos princípios em conflito. Por isso, a ponderação reconduz-se, no fundo, como já foi salientado na doutrina (Guastini) à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios*

conflituantes. Hierarquia porque se trata de estabelecer um 'peso' ou 'valor' maior ou menor entre princípios. Móvel porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 19XX, p. 1203).

[78] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 19XX, p. 1103.

[79] BACHOF, op. cit., p. 64.

[80] Assim dispõe o artigo 79, n° 1 da Lei Fundamental Alemã: "1. A Lei Fundamental só poderá ser emendada por uma lei que altere ou complemente expressamente o seu texto. Em matéria de tratados internacionais que tenham por objeto regular a paz, prepará-la ou abolir um regime de ocupação, ou que objetivem promover a defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente, para esclarecer que as disposições da Lei Fundamental não se opõem à conclusão e à entrada em vigor de tais tratados, complementar, e tão-somente isso, o texto da Lei Fundamental." (ALEMANHA, Constituição (1949). Promulga a Constituição da República Federal da Alemanha. Disponível em <http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/art__79.html>, acesso em 13.09.05)

[81] A norma do artigo 79, n° 3 da Constituição Alemã está vazada nos seguintes termos: "Será inadmissível qualquer emenda a esta Lei Fundamental que afete a divisão da Federação em Estados, sua participação, em princípio, no processo legislativo, ou os princípios consagrados nos artigos 1 e 20" (Idem, ibidem). Vejamos o artigo 1°: "Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana; obrigatoriedade do respeito aos direitos fundamentais pelo Poder Público] 1. A dignidade da pessoa humana é inviolável. Toda autoridade pública terá o dever de respeitá-la e protegê-la. 2. Com isso, o Povo Alemão declara invioláveis e inalienáveis os direitos da pessoa humana, como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. 3. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estarão obrigados a considerar como diretamente aplicáveis os direitos fundamentais a seguir enunciados". (ALEMANHA, Constituição (1949). Promulga a Constituição da República Federal da Alemanha. Disponível em <http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/art__01.html>, acesso em 13.09.05). E agora, o artigo 20: "[Princípios básicos institucionais; direito de resistência] 1. A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social. 2. Todo poder do Estado emana do povo. O povo o exercerá por meio de eleições e outras votações e por intermédio de órgãos específicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. 3. O Poder Legislativo deverá se sujeitar à ordem constitucional, aos Poderes Executivo e Judiciário, à lei e ao direito. 4. Todos os Alemães terão o direito de se insurgir contra quem tentar subverter essa ordem, quando não lhes restar outro recurso." (ALEMANHA, Constituição (1949). Promulga a Constituição da República Federal da Alemanha. Disponível em <http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/art__20.html>, acesso em 13.09.05).

[82] BACHOF, op. cit., p. 65.

[83] "O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo – e tal deve ser enfatizado – a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado". (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 80)

[84] Já dizia Eros Grau que "Ao referirmos 'texto' estamos a mencionar não apenas os textos escritos, mas também os textos dos princípios implícitos de direito, não-escritos, resgatados no *direito pressuposto*". (GRAU, op. cit., p. 69)

[85] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Extensão das alterações dos contratos administrativos : a questão dos 25%. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador,CAJ - Centro de Atualização

Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em:<http://www.direitopublico.com.br.> Acesso em 13.09.2005.

[86] Diz Bachof: “Tais princípios constitutivos, no entanto, encontram-se – na medida em que não forem expressão de direito supralegal – à disposição do titular do poder constituinte. Já não estão, porém, senão muito condicionadamente – se é que em alguma medida o estão ao dispor dos órgãos do poder constituído”. (BACHOF, op cit., pp. 64-65). Por coerência, não se poderia cogitar dos princípios constitutivos do sentido da Constituição atuando sobre o Poder Constituinte Originário, haja vista que tais princípios pressupõe, em nosso entender, a existência de um texto, a partir do qual se deduzem, mediante interpretação, significados que, embora com ele compatíveis, não estejam compreendidos diretamente em sua literalidade.

[87] Neste trecho de sua obra, Otto Bachof é omisso no que tange a uma definição de seu objeto de pesquisa, pois não identifica o que viria a ser o “Direito Constitucional Consuetudinário” ao qual faz referência, limitando-se a remeter o leitor para a análise da obra de Mangoldt à qual, infelizmente, não tivemos acesso.

[88] BACHOF, op. cit., p. 66.

[89] Idem, ibidem.

[90] BACHOF, op. cit. pp. 66-67.

[91] BACHOF, op. cit., p. 67.

[92] Idem, ibidem.

[93] BACHOF, op. cit., p. 68.

[94] “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em 5 set. 2005

[95] BACHOF, op. cit., p. 68.

[96] ALEMANHA, Constituição (1949). Promulga a Constituição da República Federal da Alemanha. Disponível em http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/art__19.html, acesso em 14.09.05.

[97] MENDES, op. cit., p. 129. Tal decisão é referida por Bachof no prefacia à edição de sua obra em língua portuguesa: “O Tribunal Constitucional Federal, do mesmo modo que outros tribunais alemães, reconheceu em várias decisões a existência de direito 'suprapositivo', obrigando também o legislador constituinte. Considera-se ele competente para aferir por esse direito o direito escrito. Também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça.” (BACHOF, op. cit., p. 3)

[98] BACHOF, op. cit., p. 70.

[99] Segundo o relato de Gilmar Mendes, os seguintes doutrinadores apóiam Bachof neste pormenor: H. Schäfer, A. Hammann, Geiger, René Marcic e Götz (MENDES, op. cit., p. 128).

[100] VELOSO, op. cit., p. 212.

[101] Dispõe o citado artigo, segundo Cooley: “O Congresso, sempre que dois terços de ambas

as casas reputarem necessário, poderá propor emendas a esta Constituição, ou, pelo pedido dos Legislativos de dois terços dos Estados, poderá convocar uma Convenção para a propositura de emendas que, em qualquer caso, serão válidas para todos os fins, como parte desta Constituição, quando ratificadas pelos Legislativos de três quartos dos Estados, ou por três quartos dos membros da Convenção, sendo que quaisquer das formas de ratificação pode ser proposta pelo Congresso; assegurando-se que nenhuma emenda que possa ser feita antes do ano de mil oitocentos e oito possa de qualquer maneira afetar as cláusulas primeira e Quarta da nona seção do artigo primeiro; e de que nenhum Estado, sem seu consentimentos, poderá perder sua representação igualitária no Senado". (Artigo V da Constituição Americana, extraído de COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002, p. 355.)

[102] TRIBE, Lawrence H. **American Constitutional Law**. 3. ed. Vol. 1. New York: Foundation Press, 2000, p. 111. No original: "If the Constitution by its terms says that no Amendment to a specific effect shall ever become part of this Constitution, then arguably an amendment to that effect, even if ratified, could be said to violate the Constitution".

[103] TRIBE, op. cit., p. 117. No original: "...At least in an era when, whatever their criticism about oficialdown and even about the Judiciary, many people continue to regard the Constitution itself as little short of sacred, any such exercise of power to overturn a constitutional amendment in this country would be, and probably should be, unthinkable".

[104] As críticas feitas a Bachof são, de uma forma geral, incompletas, já que, ao referenciá-lo, limita-se a maioria dos doutrinadores em analisar a possibilidade de que norma constitucional seja considerada inconstitucional por violação de direito suprapositivo (escrito ou não escrito), ignorando, totalmente, as demais formas de inconstitucionalidade estudadas pelo autor alemão. Nunca é demais lembrar que o título de sua obra vem acompanhado de uma interrogação, o que já induz à conclusão, já verificada, segundo a qual Otto Bachof não buscou defender ferrenhamente a inconstitucionalidade de normas constitucionais, mas fazer uma análise acerca das diversas hipóteses em que esta discussão poderia se implementar. Em nossa análise, somente Zeno Veloso se preocupou em realizar uma análise mais condizente com a obra de Bachof (VELOSO, op. cit., pp. 209-217).

[105] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 196.

[106] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, pp. 1195/1194-1196.

[107] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo II (constituição e inconstitucionalidade). 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996, 320p. É importante destacar, porém, que Jorge Miranda reconhece a possibilidade de invalidade de normas constitucionais originárias, mas se recusa a chamar isso de inconstitucionalidade. Trata-se, como vemos, de um problema meramente semântico: "Por outro lado, atribuindo-se caráter supraconstitucional à Declaração Universal dos Direitos do Homem, entende-se que, na medida em que haja colisão entre ela e a Constituição e, portanto, valorações diferentes (não podendo ser executadas ao mesmo tempo) deve dar-se primazia à Declaração, pelo menos se e quando esta seja mais aberta, generosa e liberal que a nossa Constituição" (Op. Cit., pp. 318-319).

[108] BONAVIDES, Paulo. O artigo 45 da Constituição Federal e a inconstitucionalidade de normas constitucionais. In: **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 219.

[109] BONAVIDES, op. cit., p. 231.

[110] SILVA, Dimas Salustiano da. Teoria das normas constitucionais "inconstitucionais".

Revista de direito administrativo e constitucional. Curitiba: Juruá. 2000, p. 113.

[111] MENDES, op. cit., pp. 130.

[112] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 129.

[113] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 67.

[114] SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Versión española de Francisco Ayala. Alianza Editorial: Madrid, 1996, 2a. impressão. pp. 118-122.

[115] DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos.** São Paulo: Saraiva, 1989 , p. 127.

[116] BUZAID, Alfredo. É constitucional o artigo 33 do "Ato das Disposições Transitórias" da Constituição de 1988?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 669, p. 7-9, jul. 1991, p. 9.

[117] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Declara constitucional o art. 33 do ADCT da CF/88**. Município de Santos x Santos e Ferreira Ltda. DJ 09/06/1995, pp. 17246.

[118] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 113.

[119] NOVELLI, Flavio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2°, § 2° da EC 3/93. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, ano 3, n. 13, out-dez. 1995. p. 18-50.

[120] ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. México: Distribuciones Fontamara, 1997, p. 43. Vide original: "Resulta, pues, que *el sujeto hablante puede decir lo mismo en distintas ocasiones, pero diciendo lo mismo, puede hacer* cosas muy distintas: pronunciando las mismas palabras o palabras que tienen el mismo significado, hace una aserción en una ocasión, formula una pregunta o da una orden, en otra".

[121] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001, p. 73.

[122] GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 64.

[123] GRAU, op. cit., p. 72.

[124] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 73.

[125] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Icone, 1995, p. 212.

[126] FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, p. 317-318.

[127] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 286.

[128] APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**: instrumento de tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2002, p. 78.

[129] "Art 33. Compete, privativamente ao Senado julgar o Presidente da República e os demais funcionários federais designados pela Constituição, nos termos e pela forma que ela prescreve. [...] § 2º - Não proferirá sentença condenatória senão por dois terços dos membros presentes". (BRASIL, Constituição (1891). Promulga a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao91.htm>. Acesso em 20.09.05)

[130] "Art 37 - O projeto de lei adotado em uma das Câmaras será submetido à outra, e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Poder Executivo, que, aquiescendo, o sancionará e promulgará. [...] § 3º - Devolvido o projeto à Câmara iniciadora, ai se sujeitará a uma discussão e à votação nominal, considerando-se aprovado, se obtiver dois terços dos sufrágios presentes. Neste caso, o projeto será remetido à outra Câmara que, se o aprovar pelos mesmos trâmites e pela mesma maioria, o enviará como lei ao Poder Executivo para a formalidade da promulgação". BRASIL, Constituição (1891). Promulga a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao91.htm>. Acesso em 20.09.05)

[131] "Art 39 - O projeto de uma Câmara, emendado na outra, volverá à primeira, que, se aceitar as emendas, enviá-lo-á modificado em conformidade delas, ao Poder Executivo. § 1º - No caso contrário, volverá à Câmara revisora e, se as alterações obtiverem dois terços dos votos dos membros presentes, considerar-se-ão aprovadas, sendo então remetidas com o projeto à Câmara iniciadora, que só poderá reprová-las pela mesma maioria". BRASIL, Constituição (1891). Promulga a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao91.htm>. Acesso em 20.09.05)

[132] "Art 47 - O Presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos por sufrágio direto da Nação e maioria absoluta de votos. [...] § 2º - Se nenhum dos votados houver alcançado maioria absoluta, o Congresso elegerá, por maioria dos votos presentes, um, dentre os que tiverem alcançado as duas votações mais elevadas na eleição direta". BRASIL, Constituição (1891). Promulga a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao91.htm>. Acesso em 20.09.05)

[133] PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. In: MODESTO, Paulo. MENDONÇA, Oscar (coord.). **Direito do Estado**: novos rumos. Tomo 1 – Direito Constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp 23-44.

[134] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A) conhecer do pedido; b) julgar improcedente a argüição de inconstitucionalidade da Reforma da lei fundamental da República; c) negar a ordem, dispensadas as informações à vista do que constar dos autos. HC 18.178. General João Maria Xavier de Britto e outros x Governo da República. Rel. Min. Xavier Albuquerque. J. 01.10.1926.

[135] PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. In: MODESTO, Paulo. MENDONÇA, Oscar (coord.). **Direito do Estado**: novos rumos. Tomo 1 – Direito Constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 23-44.

[136] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A) conhecer do pedido; b) julgar improcedente a argüição de inconstitucionalidade da Reforma da lei fundamental da República; c) negar a ordem, dispensadas as informações à vista do que constar dos autos. HC 18.178. General João Maria Xavier de Britto e outros x Governo da República. Rel. Min. Xavier Albuquerque. J. 01.10.1926.

[137] ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13.

[138] "§ 1º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República". (BRASIL, Constituição (1967). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao67.htm>. Acesso em 20.09.05)

[139] PERTENCE, op. cit., pp. 29-30.

[140] PERTENCE, op. cit., p. 30.

[141] "Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades tenha menos que oito ou mais de setenta Deputados. § 2º. Cada território elegerá quatro Deputados". (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.> Acesso em 5 set. 2005).

[142] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ajuíza Ação Direta de Inconstitucionalidade. Governador do Estado do Rio Grande do Sul x Congresso Nacional. Disponível em < http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/Frame.asp?classe=ADI&processo=815&remonta=2&primeira=1&ct=34>. Acesso em 05. set. 2005.

[143] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido de fiscalizar o Poder Constituinte Originário. ADIn 815. Governador do Estado do Rio Grande do Sul x Congresso Nacional. Rel. Min. Moreira Alves. J. 28.03.1996. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 20.09.05.

[144] Segundo tal artigo, "É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias". (BRASIL, Constituição (1824). Outorga a Constituição política do Império do Brazil. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao24.htm>. Acesso em 20.09.05)

[145] BONAVIDES, Paulo. O art. 45 da Constituição Federal e a Inconstitucionalidade de normas constitucionais. In: BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2 ed. 1996, pp. 224-225.

[146] SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 124.O próprio autor, porém, menciona que há manifestação do Tribunal Constitucional Alemão em sentido contrário, no BverfGE 3, 225 (231).

[147] BACHOF, op. cit., p. 55.

[148] MENDES, op. cit., p. 129.

[149] "Artigo 57º (Direito à greve e proibição do lock-out) 1. É garantido o direito à greve. 2. Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito. 3. A lei define as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis. 4. É proibido o lock-out". (PORTUGAL, Constituição (1976). Promulga a Constituição da República Portuguesa. Disponível em

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html> , acesso em 21.09.05)

[150] COSTA, José Manual Cardoso da. **A Hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais**. Texto apresentado em Ankara, Turquia, quando da VIII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, entre 7 e 9 de maio de 1990. Disponível em http://w3b.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020104.html?pesquisa=480/89#PESQ001, acesso em 21/09/2005. Só por curiosidade, vale ressaltar que José Manuel Cardoso da Costa foi justamente quem traduziu a obra de Bachof para o português, na versão utilizada em nossa pesquisa.

[151] Cópia do Acórdão n° 480/89 integra o Anexo B desta pesquisa.

[152] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Nestes termos, decide-se não tomar conhecimento do recurso. Processo nº 38/94. A. x Câmara Municipal de Lisboa. Rel. Cons. Monteiro Diniz. J. 12.05.1994. Disponível em <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos94/301-400/38794.htm>. Acesso em 21.09.05.

[153] Cumpre assinalar que as duas primeiras consistiriam a "Violação da Constituição Escrita", enquanto a última consiste em "Violação de direito constitucional não escrito".

[154] O julgamento se deu em 3 de abril de 1991, quando a Constituição tinha menos de 3 anos de promulgação. A afirmação da possibilidade de controle de emendas à Constituição é o motivo que nos levou a analisar referida ADIn, ainda que ela não tenha sido conhecida.

[155] "Art. 5° [...] XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX". (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.> Acesso em 5 set. 2005)

[156] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação não conhecida, por não ser possível o controle jurisdicional prévio e abstrato da constitucionalidade da Emenda, embora o *a posteriori* seja viável. ADIn 466. Partido Socialista Brasileiro - PSB x Congresso Nacional. Rel. Min. Celso de Mello. J. 03.04.1991. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 02.09.05.

[157] Idem, ibidem.

[158] Paulo Bonavides teceu pesadas críticas à proposta do Congresso no sentido de antecipar o plebiscito marcado pelo Poder Constituinte Originário: "Seria, ao nosso ver, equivalente a desferir um golpe de Estado, visto que não tem outra qualificação perpetrar tamanha inconstitucionalidade. A fixação da data de 7 de setembro de 1993 foi ato do poder constituinte de primeiro grau no exercício de um poder formal juridicamente ilimitado. O estabelecimento do prazo não se fez por mero acaso ou capricho do legislador supremo, com indiferença aos seus efeitos. Na realidade, o que ele quis foi dar ao povo uma oportunidade de cinco anos para ponderar, meditar, acompanhar e avaliar a possível eficácia do regime sob a Constituição presidencialista vigente, antes de sujeitá-la a uma revisão profunda de variação do sistema de governo. Antecipar o plebiscito portanto ocasionou gravíssima lesão ao texto magno, tanto do ponto de vista material como formal. Sem embargo da inconstitucionalidade que isso representou, o Congresso Nacional antecipou para 21 de abril de 1993 a realização desse plebiscito". (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 223-224.)

[159] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Não há inconstitucionalidade na antecipação do plebiscito, pois este não é limite temporal ao poder de reforma e porque é possível emendar o ADCT. ADIn 829. Partido da Reedificação da Ordem Nacional - PRONA x Congresso Nacional. Rel. Min. Moreira Alves. J. 14.04.1993. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 05.09.05.

[160] "Ao contrário do que tem ocorrido nos Estados Unidos da América do Norte, em que a

Suprema Corte- como bem historia a manifestação da Advocacia-Geral da União - tem vacilado quanto ao conhecimento de questões dessa natureza por entender, muitas vezes, que se trata de questões políticas (*political-questions*), imunes, portanto, ao controle judicial, no Brasil, de há muito, vem o Supremo Tribunal Federal afirmando sua competência para o julgamento dessas questões."

[161] Moreira Alves, porém, não cita expressamente o HC 18.178, que só é referenciado expressamente no voto do min. Celso de Mello.

[162] "Ademais, a transitoriedade em si mesma não torna incompossível a alteração da norma constitucional dessa natureza. Com efeito, se é possível alterar-se, por emenda, a regra da parte permanente para estender-se a todos, e sem limitações, o que a exceção transitória outorgava a alguns com limitações; se é possível criar-se exceção permanente à regra também permanente; é absolutamente ilógico pretender-se que a exceção transitória, por causa da sua transitoriedade, seja imutável, inclusive para restringir-se ou dilargar-se o período de transitoriedade". (BRASIL, op. cit.)

[163] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. Cit. ADIn 829. Partido da Reedificação da Ordem Nacional - PRONA x Congresso Nacional. Rel. Min. Moreira Alves. J. 14.04.1993. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 05.09.05.

[164] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. Cit. ADIn 829. Partido da Reedificação da Ordem Nacional - PRONA x Congresso Nacional. Rel. Min. Moreira Alves. J. 14.04.1993. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 05.09.05.

[165] Pertence inicia seu voto dando um atestado acerca das dificuldades pelas quais passa o STF ao analisar a constitucionalidade de leis e atos normativos, ainda mais quando o objeto de controle é uma Emenda Constitucional. Diz ele: “É certo que, senão juridicamente, politicamente é delicadíssima a tarefa que esse controle jurisdicional da constitucionalidade de emendas à Constituição acarreta para as Cortes constitucionais: a emenda constitucional é a manifestação mais eminente da vontade política dos poderes constituídos do Estado” (Idem, ibidem). Não há dúvidas que a situação se tornou mais delicada ainda se observado que o julgamento do mérito da ADIn ocorreu uma semana antes da data prevista na Emenda Constitucional n° 2 para o plebiscito.

[166] Idem, ibidem.

[167] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03/93, NO TOCANTE A INSTITUIÇÃO DESSA AÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. TRAMITAÇÃO DA AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE. Incidente que se julga no sentido da constitucionalidade da emenda constitucional n. 3, de 1993, no tocante a ação declaratória de constitucionalidade. ADC n° 01, Questão de Ordem. Presidente da República; Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal. Rel. Min. Moreira Alves. J. 27.10.1993. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 02.09.05.

[168] Veja o trecho citado por Moreira Alves: "...um dos aspectos que mais têm preocupado o país, pelo prisma da nova ordem constitucional, é a valorização dos juizados de 1a. instância - louvável conquista da cidadania - sem a contrapartida de um instrumento processual de uniformização célere, omissão incompreensível do constituinte na conformação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade. A força outorgada aos juízes de 1a. instância, sem um instrumental adequado de ação para os Tribunais Superiores, subverte a hierarquia necessária - e mais do que isto - a tranquilidade para a preservação da ordem jurídica, pois qualquer questão constitucional da maior relevância pode ser decidida de forma satisfativa, desde que o Tribunal imediatamente superior não suspenda a eficácia de decisões que garantam benefícios ou direitos." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Op. cit.)

[169] Tal argumentação, todavia, não demandaria uma reforma constitucional para ser solucionada. Bastaria que o STF interpretasse a Constituição no sentido de que nenhuma decisão judicial não trânsita em julgado poderia ser contrária ao posicionamento da Excelsa Corte em controle de constitucionalidade em abstrato, ainda que fosse considerada a norma constitucional, viabilizando, assim, a Reclamação para preservar a eficácia de tal decisão.

[170] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Op. cit.

[171] Para uma explanação completa, inclusive com a menção dos precedentes do STF acerca do tema, Cf. MENDES, op. cit., pp. 81-84

[172] Embora a pronúncia de constitucionalidade sob ressalva seja o núcleo da interpretação conforme à Constituição, em nenhum momento do julgamento o STF fez referência a tal técnica. Por tal motivo optamos por enquadrar o presente caso no tópico 3.3 (e não do 3.4) da pesquisa.

[173] Tal argumento só foi enfrentado pela Corte, ainda que superficialmente, quando do julgamento do Agravo Regimental na Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 2, no qual o Relator, Ministro Carlos Velloso (acompanhado pela unanimidade dos presentes), asseverou: “A afirmativa no sentido de que a EC n° 3, de 1993, contrariou o art. 60, § 4°, da Constituição Federal, ou que teria contrariado cláusula pétrea, ao estabelecer a legitimação para a ação declaratória de constitucionalidade, não é jurídica, constituindo, na verdade, um exagero. Nego provimento ao agravo”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa ou Acórdão. ADC 02. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE EMBALAGENS PLÁSTICAS FLEXÍVEIS. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 09.06.1997. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 05.09.05.)

[174] O § 4° do artigo 2° da EC 3/93 foi posteriormente revogado pelo artigo 2° da Emenda Constitucional de Revisão n° 1, de 01.03.94 (DOU 02.03.94).

[175] Impossibilidade de que entes da Federação tributem uns aos outros, via impostos.

[176] Proibição da exigência de tributos no mesmo exercício financeiro em que publicada a lei que o instituiu ou o aumentou

[177] VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça** (em ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 1999, p. 161.

[178] “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. [...]Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...]Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos:[...] b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; [...] Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”. (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.> Acesso em 5 set. 2005)

[179] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do IPMF no ano de 1993**. ADIn

939. Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio x Congresso Nacional. Rel. Min. Sydney Sanches.. J. 15.12.93. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 10.09.05.

[180] De acordo com Aliomar Baleeiro, citado pelo Relator, não havia expressamente determinado o princípio do reciprocal immunity of the Federal and State Instrumentalities em nenhum dispositivo da Constituição Americana ou de suas emendas. Apresenta-se como conseqüência da teoria dos "poderes implícitos", que defendia a necessidade de expansão da competência federal naquele país. Em 1791, a partir dessa política, surgiu a idéia de criação de um banco nacional, que funcionava como instrumento do governo para regular o comércio e a moeda. Foi fundada uma filial desse banco no Estado de Maryland, o que possibilitou a ocorrência do leading case de 1819, que foi responsável pelo acórdão da Suprema Corte redigido por John Marshall, no qual se afirmou, pela primeira vez pela Supreme Court, a imunidade dos meios de ação do Governo Federal frente às pretensões do Fisco dos Estados, pois "o poder de tributar envolve o poder de destruir" (Idem, ibidem).

[181] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. Cit.

[182] Idem, ibidem.

[183] "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; b) templos de qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão." (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.> Acesso em 5 set. 2005)

[184] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit.

[185] A ADIn 926 somente foi objeto de julgamento na sessão de 02.03.94, na qual se julgou prejudicada a ação, já que seus fundamentos foram totalmente exauridos pela ADIn 939.

[186] Também foi objeto da ADIn o artigo 73, § 2° e o artigo 76 da Lei 9.504/97 e as Resoluções n° 19.952, 19.953, 19554 e 19.555 do Tribunal Superior Eleitoral. Porém, somente nos interesse a alegação de inconstitucionalidade da norma constitucional veiculada com a Emenda, razão pela qual tais as normas infra-constitucionais impugnadas não foram objeto de análise.

[187] BRASIL, Constituição (1988). Emenda Constitucional n° 16, de 04 de junho de 1997. Dá nova redação ao § 5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput do art. 77 e ao art. 82 da Constituição Federal. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc16.htm>. Acesso em 2 out. 2005.

[188] A redação anterior era a seguinte: "§ 5º São inelegíveis para os mesmos cargos, no período subseqüente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito". (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/con1988/CON1988_12.09.1996/index.htm>, acesso em 02.10.05)

[189] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Indeferida laminar quanto à suposta inconstitucionalidade da reeleição do Presidente da República, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal e dos Prefeitos, bem como dos que os hajam sucedido ou substituído no curso dos mandatos, para um único período subseqüente**.. ADIn 1805. Partido Democrático Trabalhista – PDT; Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Comunista do Brasil – Pc do B e Partido Liberal – PL x Presidente

da República; Congresso Nacional; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa do Senado Federal; Tribunal Superior Eleitoral. Rel. Min. Néri da Silveira. J. 26.03.1998. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 01.10.05.

[190] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, op. cit.

[191] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, op. cit.

[192] Idem, ibidem.

[193] A redação originária do *caput* era a seguinte: "Art. 40. O servidor será aposentado: I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos; II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; III - voluntariamente: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço." (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://legis.senado.gov.br/con1988/CON1988_15.12.1998/art_40_.htm, acesso em 28.09.05)

[194] Tal parágrafo foi transformado em § 1° pela EC 33/2001, mantendo-se seu conteúdo original.

[195] Tais ADIn's não foram analisadas no mérito pelo STF, posto que apreciado o pedido de medida liminar, em razão de terem sido julgadas prejudicadas. Como somente nos propusemos a analisar os casos em que a Excelsa Corte apreciou o mérito das normas impugnadas, tivemos que excluí-las de nossa pesquisa.

[196] Interessante perspectiva histórica pode ser depreendida do voto do Ministro Nelson Jobim, em crítica à expressão "Pacto Federativo", usualmente utilizada pela doutrina brasileira: "Não houve pacto federativo entre Estados independentes que criaram a União; pelo contrário, houve uma concessão do Estado Unitário. Aliás, também não houve uma concessão propriamente dita, houve um estratagema do partido republicano. A república nasceu de um golpe de estado, e o partido republicano tinha que destruir a memória do Império. O Império era o estado unitário, a República precisava ser federalista. Criou-se a Federação para dar forças aos chamados presidentes dos estados para que se conseguisse transitar do Império à República". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Indeferida liminar, pois a Federação deve ser lida conforme o Direito Constitucional Positivo**. ADInMC 2024. Estado do Mato Grosso do Sul x Congresso Nacional. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 27.10.1999. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 07.09.05)

[197] "Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação". (BRASIL. Lei Federal n° 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 03.09.05)

[198] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CUMPRIMENTO DA**

DECISÃO. 1. Desnecessário o trânsito em julgado para que a decisão proferida no julgamento do mérito em ADI seja cumprida. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 23.06.04. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 05.09.05.

[199] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inconstitucionalidade formal do § 3° do art. 75 do ADCT, acrescentado pela EC 21/99**. ADIn 2031. Partido dos Trabalhadores - PT x Congresso Nacional. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 29.09.1999. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 05.09.05.

[200] Idem, ibidem.

[201] "Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários".

[202] "Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social". (BRASIL, Constituição (1988). Emenda Constitucional n° 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 5 set. 2005).Isto importaria dizer que precisariam contribuir todos os inativos federais que recebessem benefício superior a R$ 1.440,00 (60% de R$ 2.400,00) e todos os inativos estaduais que recebessem benefício superior a R$ 1.200,00 (50% de R$ 2.400,00).

[203] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

[204] "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...] II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) [...] § 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, 'b'". (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.> Acesso em 5 set. 2005)

[205] Neste pormenor, a afirmativa do Ministro foi objeto de críticas por parte do Ministro Gilmar Mendes, em aparte quando do voto do Ministro Carlos Britto: "A temática das cláusulas pétreas é um caminho extremamente rico para a discussão. Agora, afirmar simplesmente, como fez o Ministro Joaquim Barbosa [...] que as cláusulas pétreas são instrumentos de conservadorismo ou instrumentos antidemocráticos, traz-me certa preocupação, parece-me altamente delicado".

[206] Este alegado "choque de gerações" foi objeto de sarcástico comentário do Ministro Sepúlveda Pertence, em aparte quando do voto do Ministro Carlos Britto: "As gerações da América Latina costumam ser muito curtas...".

[207] "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:[...] § 4º - Não será

objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais." (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.> Acesso em 5 set. 2005).

[208] "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:[...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.> Acesso em 5 set. 2005).

[209] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição." (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.> Acesso em 5 set. 2005)

[210] "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias". (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.> Acesso em 5 set. 2005)

[211] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADIn julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal.** ADIn 1946. Partido Socialista Brasileiro – PSB x Congresso Nacional. Rel. Min. Sydney Sanchez. J. 07.04.1999. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 02.09.05.

[212] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit.

[213] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op.cit.

[214] "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.> Acesso em 5 set. 2005)

[215] A redação do dispositivo foi alterada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000, para incluir o direito à moradia: "Art. 6°. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.> Acesso em 5 set. 2005

[216] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op.cit.

[217] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op.cit.

[218] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op.cit.

[219] Inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais, Inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior; Inconstitucionalidade resultante da 'mudança de natureza' de normas constitucionais - Cessação de vigência sem disposição expressa, Infração de direito constitucional consuetudinário; Infração de direito supralegal não positivado.