

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PAULO PERETTI TORELLY

**A SUBSTANCIAL INCONSTITUCIONALIDADE
DA EMENDA CONSTITUCIONAL DA REELEIÇÃO
(EMENDA CONSTITUCIONAL N. 16, DE 04/06/1997)**

Porto Alegre

2007

PAULO PERETTI TORELLY

**A SUBSTANCIAL INCONSTITUCIONALIDADE
DA EMENDA CONSTITUCIONAL DA REELEIÇÃO
(EMENDA CONSTITUCIONAL N. 16, DE 04/06/1997)**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito – Instituições de Direito Público e Privado. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Porto Alegre

2007

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T678s Torelly, Paulo Peretti

A substancial inconstitucionalidade da emenda constitucional da reeleição (emenda constitucional n. 16, de 04/06/1997) / Paulo Peretti Torelly. — Porto Alegre, 2007.
222 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. PUCRS, 2007.

Orientador: Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

1. Princípios Constitucionais da Isonomia e da República - Brasil. 2. Direito Constitucional. 3. Normas Constitucionais Inconstitucionais. 4. Reeleição. 5. Teoria da Constituição. 6. Estado Democrático de Direito. I. Título.

CDD : 341.2

Bibliotecário Responsável

Ginamara Lima Jacques Pinto
CRB 10/1204

Para Poly.

AGRADECIMENTOS

O tempo e a dedicação exigidos para o presente trabalho, apenas uma parte da jornada que ainda estamos percorrendo, não podem dispensar alguns agradecimentos, pois, sem a interação com a vida e a história vivida, o mesmo não se faria possível. Mais do que um agradecimento, Poly inspira a crença na sincera esperança de um mundo melhor, e Ricardo Camargo, Anderson Teixeira e Maximiliano Kucera, que debateram o tema e deram sugestões enriquecedoras, expressam a convicção de que há vida inteligente disposta a construir este mundo. Para todos, junto com os mestres Ingo Sarlet e Elival Ramos, fica o sentimento de reconhecimento e agradecimento, o que se estende para todos os professores do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/RS.

Respublica est RES POPULI
Cícero (106-43 a.C.), *De repub.*

RESUMO

A presente dissertação objetiva debater o comprometimento dos princípios constitucionais da isonomia e da república com a edição da Emenda Constitucional nº 16/97, que introduziu o instituto da reeleição para presidente, governadores e prefeitos na ordem constitucional brasileira. São analisadas as funções dos textos constitucionais na legitimação e no controle das esferas de poder dentro do Estado Democrático de Direito, em que se coloca o papel do controle de constitucionalidade em face da unidade da Constituição. A pertinência da chamada *norma constitucional inconstitucional* e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, bem como o Poder Constituinte, em suas diversas manifestações, são abordados diante da *Teoria da Constituição* na atualidade e no debate precursor travado na *República de Weimar* (1919-1933). O papel da Constituição em uma ordem democrática, sua tarefa de coesão e integração política da nação e os limites do poder reformador são analisados levando em conta os aspectos históricos, sociológicos e filosóficos para o entendimento da república enquanto princípio constitucional. O núcleo essencial intangível de tal princípio na ordem constitucional brasileira e a proporcionalidade são considerados diante do perfil institucional republicano brasileiro e do princípio da legitimidade da ordem constitucional e das esferas de poder por ela instituídas. As incongruências jurídicas da Emenda Constitucional nº 16/97 são explicitadas e orientam duas soluções para a suscitada inconstitucionalidade de tal ato do poder reformador, sendo uma de caráter político e outra essencialmente jurídica.

Palavras-chave: Reeleição. Inconstitucionalidade. Teoria da constituição. Norma constitucional inconstitucional. Isonomia. Igualdade. República. Constitucionalismo. Weimar. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This text deals with the threat to the constitutional principles of equity and of the republic caused by the 16th Constitutional Amendment of 1997, which introduced the institution of reelection for the president, governors and prefects in the Brazilian constitutional system. The functions of the constitution in the legitimation and control of the sphere of power within the *rule of law* are analyzed, where responsibility for constitutional control in terms of constitutional unity is placed. The pertinence of the so-called *constitutional unconstitutional law* and the jurisprudence of the Federal Supreme Court in this matter, as well as the Constituent Power in its diverse manifestations, are examined using the current *Theory of the Constitution* and the earlier argument brought up in the *Republic of Weimar* (1919-1933). The role of the constitution in the democratic order, political cohesion and integration in the nation and the limits of its power to reform are analyzed, taking into consideration certain historical, sociological and philosophical aspects for the understanding of the republic as a constitutional principle. The essential core of this principle in the Brazilian constitutional order and the proportionality are examined in terms of the Brazilian institutional republican system and the principle of the legitimacy of the constitution and the spheres of power that are created by them. The legal incongruences in the 16th Constitutional Amendment of 1997 are explicit and suggest two solutions for the unconstitutionality that was created by this act of reformation, which is of a political and essentially legal nature.

Key-words: Reelection. Unconstitutionality. Theory of the constitution. Constitutional unconstitutional law. Equity. Equality. Republic. Constitutionalism. Weimar. *Rule of Law*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1: O PRINCÍPIO DA ISONOMIA (IGUALDADE JURÍDICA).....	13
1 A MARCHA E A CONTRAMARCHA DA IGUALDADE	13
2 JUSTIÇA FORMAL E JUSTIÇA MATERIAL (PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORES)	21
3 ISONOMIA E FATORES JURÍDICOS DE DISCRIMINAÇÃO	32
4 IGUALDADE E OS FATORES SEXO, RAÇA, CREDO RELIGIOSO	40
5 A REGRA DE JUSTIÇA E A IMPARCIALIDADE: ISONOMIA E PODER JUDICIÁRIO	42
6 A VEDAÇÃO DO ARBÍTRIO	46
CAPÍTULO 2: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL	49
1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO: DIÁLOGO COM OTTO BACHOF	49
2 OS LIMITES DO PODER CONSTITUINTE	51
3 PADRÃO DE CONTROLE CONSTITUCIONAL DE NORMA CONSTITUCIONAL	60
4 O STF E A VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO POR NORMA CONSTITUCIONAL..	63
5 A DOUTRINA DE BACHOF E O DEBATE DE KELSEN, SCHMITT E HELLER.	89
6 NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL: UMA REALIDADE INCONTRASTÁVEL	95
CAPÍTULO 3: A CONSTITUIÇÃO ENQUANTO FATOR DE FORMAÇÃO E PRESERVAÇÃO DA UNIDADE POLÍTICA.....	100
1 CONSTITUIÇÃO E REALIDADE POLÍTICO-SOCIAL	100
2 TAREFAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO	105
2.1 História e contrato social: a liberdade e o Estado em Hegel e Kant.....	105
2.2 Tarefas fundamentais da Constituição	112
3 A SINGULARIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL	120
4 HISTÓRIA, MUTAÇÃO E REFORMA CONSTITUCIONAL	126
5 CONSTITUIÇÃO, UNIDADE POLÍTICA E LIMITES DO PODER REFORMADOR	132
6 A REPÚBLICA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E O SEU NÚCLEO ESSENCIAL	140
CAPÍTULO 4: A SUBSTANCIAL INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL DA REELEIÇÃO (EMENDA CONSTITUCIONAL N. 16, DE 04.06.1997).....	149

1 CONSTITUIÇÃO, PODER E LEGITIMIDADE.....	149
2 O SISTEMA PRESIDENCIALISTA E A HISTÓRIA REPUBLICANA BRASILEIRA	155
3 AS CONTRADIÇÕES E INCONSTITUCIONALIDADES DA EC N. 16/97: VIOLAÇÃO DIRETA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA REPÚBLICA E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	165
4 VIOLAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS DE REFORMA CONSTITUCIONAL .	176
5 DIREITOS POLÍTICOS, REELEIÇÃO E REFORMA CONSTITUCIONAL	189
CONCLUSÃO.....	202
REFERÊNCIAS.....	209

INTRODUÇÃO

A presente dissertação, diante do advento da Emenda Constitucional (EC) nº 16, de 4 de junho de 1997,¹ visa a identificar e problematizar o comprometimento dos princípios constitucionais da isonomia, do pluralismo político e da legitimidade democrática, inerentes e conformadores do regime e da forma republicana de governo, para apontar a insuficiência de vínculos meramente formais na limitação do arbítrio.² É cabível asseverar, nesse exato sentido, que a introdução do mecanismo da reeleição no sistema constitucional brasileiro expressa a tendência do poder em geral, político e em todas as suas dimensões, de se perpetuar e de constituir instrumentos próprios para tal propósito, o que é sensível em diversas concepções da sociedade e do fenômeno jurídico,^{3,4,5,6} ainda quando aquela conduta, no âmbito estrito do exercício do poder político, não seja deliberada.^{7,8}

¹ **Diário Oficial da União, de 5 de junho de 1997:** “EMENDA CONSTITUCIONAL N. 16, DE 4 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.* As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1º O § 5º do art. 14, o *caput* do art. 28, o inciso II do art. 29, o *caput* do art. 77 e o art. 82 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 14. [...] § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. [...] Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de 4 (quatro) anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato se seus antecessores, e após ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77. [...] Art. 29. [...] II – eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77 no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores. [...] Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. [...] Art. 82. O mandato do Presidente da República é de 4 (quatro) anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição.’ Art. 2º Esta Emenda Constitucional entre em vigor na data de sua publicação. Brasília, 4 de junho de 1997. Mesa da Câmara dos Deputados/Mesa do Senado Federal” Para efeitos de simplificação doravante será adotado no texto desta dissertação a abreviatura EC nº 16/97.

² CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2, p. 408: “Certamente que a normatividade da constituição não deixará de oferecer quer específicas ‘aberturas’ (ou espaços normativos abertos), quer indeterminações em sentido geral (*open texture*), etc. a exigirem já por isso uma particular integração e uma reelaboradora interpretação – a constituição pela sua menor densidade normativa no topo de ordem jurídica só é, com efeito, suscetível de ser actuante através de um amplo esforço de desenvolvimento, de interpretação e de concretização.”

³ OÑATE, Flavio Lopez de. *La certezza del diritto.* Milano: Giuffrè, 1968, p. 124: “il legislatore si vale dell’arbitrio, per eliminare l’arbitrio” (Tradução do autor: “o legislador se vale do arbítrio para eliminar o arbítrio”).

⁴ LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito.* 20. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 33: “A ordem jurídica assegura a proteção de determinado conjunto de relações sociais e do equilíbrio desse conjunto”.

Nesse contexto se coloca a importância das funções dos textos constitucionais, que, além de dotarem de legitimidade as esferas do poder, se afirmam definitivamente enquanto estruturas básicas de controle do próprio poder.⁹ Assim, a decorrente violação do preceito da isonomia,¹⁰ incidente na espécie em foco de forma direta, encontra freios substantivos no constitucionalismo e no seu correlato Estado Democrático de Direito, depositário histórico e em dimensão normativa da legitimação racional inerente ao poder político republicano.¹¹

A reflexão desenvolvida parte da análise do princípio da isonomia em seus aspectos formal e material – *cujos contornos estão delimitados no Capítulo 1* – e evolui até a apreciação da incidência deste princípio – *verdadeira viga mestra de qualquer ordem jurídica que se pretenda justa* – nas inovações legais introduzidas na ordem constitucional brasileira com a edição da EC nº 16/97. Conforme o próprio título desta dissertação expressa, trata-se de uma apreciação da constitucionalidade da chamada Emenda da Reeleição (EC nº 16/97), na qual o ponto de confluência do primeiro dos princípios –

⁵ CAMPOS, Carlos. *Sociologia e filosofia do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 314: “O direito é o domínio do ‘máximo interesse’ e do ‘mínimo arbítrio’ [...]”.

⁶ ORTEGA Y GASSET, José. *O homem e a gente: inter-comunicação humana*. Tradução J. Carlos Lisboa. 2. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973, p. 65: “sintamos bem que para nós só é segura a insegurança”.

⁷ ZOLO, Danilo. *Il principato democratico: per una teoria realistica della democrazia*. 2. ed. Milano: Feltrinelli, 1996. p. 13: “il carattere saliente della decisione politica è la sua mancanza di imparzialità, è la sua esplicita arbitrarietà morale.” (Tradução do autor: “o caráter saliente da decisão política é a sua falta de imparcialidade, é a sua explícita arbitrariedade moral.”).

⁸ BOÉCIO, Anício Mânlio Severino. *A consolação da filosofia*. Tradução do latim de Willian Li. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 85: “mesmo entre os seres vivos, o desejo de preservar a vida não parte de uma atividade intencional da alma, mas dos impulsos naturais”. Inspirado nas doutrinas de Platão e Aristóteles este homem de Estado, filósofo e poeta latino do século VI (*Anicius Manlius Torquatus Severinus Boetius*, 480-524 d.C.), injustamente acusado e sumariamente condenado por traição em favor de Constantinopla numa Roma governada pelos godos, sofreu com a tortura, ordenada pelo até então tolerante rei Teodorico, e antes de morrer escreveu na prisão essa reconhecida obra prima-prima da literatura e do pensamento europeu, na qual também observa que “dado que todo juízo é um ato daquele que o pronuncia, é preciso que cada um aja de acordo com suas próprias faculdades, e não pela influência de uma causa externa” (Id. *Ibid.*, p. 145).

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1290.

¹⁰ ROSENFELD, Michel. ‘Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional’. Tradução Javier Dorado Porras. In: CARBONELL, Miguel. (Comp.). *El principio constitucional de igualdad: lecturas de introducción*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 77: “cuanto más grandes son los compromisos con el pluralismo más fundamental es el papel que el constitucionalismo y la igualdad constitucional están destinados a desempeñar.”

¹¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 22: “Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.”

igualdade jurídica – não é outro senão o princípio da república – *também presente em toda a ordem constitucional pátria* – e a própria conformação do Estado Democrático de Direito, decorrência direta daqueles dois princípios, garante das liberdades públicas e expressão do pluralismo político.

A redação do capítulo inicial adota o *método analítico-descritivo* para identificar a presença do princípio da isonomia em todo o sistema constitucional republicano brasileiro, sendo indissociável de qualquer um dos demais princípios expressos ou implícitos presentes na Constituição Federal promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte em 5 de outubro de 1988. A análise desenvolvida no *Capítulo 1* ainda busca identificar a tensão hoje sensível em torno do princípio da isonomia e a própria fragilidade deste diante do constante questionamento de seu alcance e de sua eficácia na realidade constitucional nacional contemporânea.

O *Capítulo 2* enfrenta a doutrina acerca da pertinência da chamada *norma constitucional inconstitucional* para, tendo presente a unidade da Constituição, adentrar na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria e abordar o Poder Constituinte em suas diversas manifestações e limites. Nesse sentido, sem descuidar das fontes bibliográficas disponíveis, ganha destaque a precursora obra de Otto Bachof. Assim, o debate jurídico travado no período em que vigorou a Constituição de Weimar (1919-1933) é analisado na perspectiva do controle de constitucionalidade, e a obra de Otto Bachof é confrontada com a jurisprudência do STF através do *método crítico-comparativo*. Também são considerados, nos *Capítulos 2 e 3*, os aspectos filosóficos e de natureza histórica e sociológica presentes na cultura jurídica ocidental e que contribuíram para o desenho do perfil institucional republicano brasileiro, o que é definidor das premissas desenvolvidas no *Capítulo 4* com esteio no pensamento de Max Weber.

Na redação do *Capítulo 3* é adotado o *método analítico-descritivo*, com a identificação da evolução e da atualidade do debate acerca do papel da Constituição em uma ordem democrática. O desenvolvimento de tal reflexão busca compreender o papel da Constituição na coesão e integração política da nação, o que é aprofundado com amparo na doutrina consagrada da *Teoria da Constituição*. Além dos aspectos históricos, sociológicos e filosóficos, novamente ganha destaque o intenso debate jurídico ocorrido no seio da *República de Weimar*, especialmente diante dos precedentes que ensejou e de seus

desdobramentos ainda hoje sensíveis. Assim, são considerados os aspectos que dizem respeito ao papel da Constituição enquanto fator de unidade política e os limites do poder reformador. No encerramento do *Capítulo 3*, com suporte no *método crítico-analítico*, ganha destaque a significação da República enquanto princípio constitucional, de tal modo que, diante da emenda que introduziu a reeleição, é considerado o núcleo essencial intangível de tal princípio na ordem constitucional brasileira e a sua repercussão em face da proporcionalidade.

No *Capítulo 4*, à luz dos pressupostos doutrinários, jurisprudenciais e normativos anteriormente apontados, é adotado o *método crítico-analítico* na consideração dos aspectos históricos e filosóficos enfocados para, invocando as categorias presentes na sociologia weberiana, adentrar na apreciação dos princípios e da doutrina do direito constitucional e eleitoral e enfrentar as incongruências jurídicas da Emenda Constitucional que introduziu o mecanismo da reeleição na ordem constitucional republicana brasileira. Ao final, a conclusão delinea, dentro da normalidade institucional do Estado Democrático de Direito, duas equações para a suscitada inconstitucionalidade da EC nº 16/97, sendo uma de caráter político e outra essencialmente jurídica.

CONCLUSÃO

A reflexão de Ronald Dworkin,¹² invocada ainda no começo desta dissertação, ressalta ao mesmo tempo a fragilidade da idéia de igualdade na realidade constitucional contemporânea e a atualidade de sua necessária afirmação por todos que estejam comprometidos com a humanidade e o seu futuro. A instabilidade das democracias e a inconstância da ordem internacional – *em que a “guerra humanitária” e em nome da “democracia” acaba sendo mais cruel do que os regimes totalitários, que ainda constituem uma deplorável realidade sob todas as ideologias e em diversas partes do planeta*¹³ – lamentavelmente não expressam uma mera coincidência, pois ainda hoje as maiores vítimas são inocentes. Diante da idéia de igualdade substantiva, permanecem, portanto, atuais as palavras de Hans Kelsen, em *A justiça e o direito natural*, visto que aponta a insuficiência de um conceito de isonomia que reste isolado no contexto normativo e, portanto, indiferente diante das desigualdades tuteladas pela ordem jurídica e sensíveis na realidade constitucional, dado que:

O princípio não é, pois, de forma alguma, um princípio de igualdade. Ele não postula um tratamento igual, ou melhor, postula não *apenas* um tratamento igual mas também um tratamento desigual. Por isso, tem de haver uma norma correspondente a este princípio que expressamente defina certas qualidades em relação às quais as desigualdades hão-de ser tidas em conta, a fim de que as desigualdades em relação às outras qualidades possam permanecer irrelevantes, a fim de que possam existir de todo em todo, portanto, indivíduos “iguais”.¹⁴

¹² DWORKIN, 2005, p. IX-X. Vide nota 22.

¹³ ZOLO, Danilo. *Chi dice umanità: guerra, diritto e ordine globale*. Torino: Einaudi, 2000, p. 140: “Si può infatti ritenere che le vittime civili dei bombardamenti della Nato hanno subito una grave violazione dei loro diritti umani. [...] Qualche settimana più tardi, mentre i bombardamenti della Nato continuano, il diplomatico brasiliano Sergio Viera de Mello guida una delegazione delle Nazioni Unite nei territori della Serbia e del Kosovo. In una affollata conferenza-stampa a Belgrado de Mello denuncia il ‘disastro umanitario’ provocato dai bombardamenti della Nato e dichiara che in Kosovo anche i miliziani dell’Uçk, e non solo i serbi, hanno commesso gravi violazioni e soprusi.” (Tradução do autor: “É possível, de fato, julgar que as vítimas dos bombardeios da NATO sofreram uma grave violação dos seus próprios direitos humanos [...] Algumas semanas depois, enquanto os bombardeios da NATO continuam, o diplomata brasileiro Sérgio Viera de Mello conduz uma delegação das Nações Unidas aos territórios da Sérvia e do Kosovo. Numa conferência de imprensa lotada em Belgrado, Mello denuncia o ‘desastre humanitário’ provocado pelos bombardeios da NATO e declara que no Kosovo também os milicianos do Uçk, e não apenas os sérvios, haviam cometido graves violações e injustiças.”).

¹⁴ KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 70-71.

A alternância na Chefia do Poder Executivo nos níveis federal, estadual e municipal constitui um princípio assentado na integridade da Constituição, presente na ordem constitucional brasileira desde 1891 e sobremaneira albergado pelos princípios da isonomia e da república, essencialmente consubstanciado na própria identidade do Estado Democrático de Direito. O que, importa reiterar, resta assentado no todo coerente da ordem jurídica constitucional, de tal modo que a norma garantidora da igualdade a que se refere Kelsen existe e foi definida com precisão pela Assembléia Nacional Constituinte de 1988.

A norma constitucional que veda a reeleição ainda está vigente nos princípios constitucionais da isonomia, da república e do Estado Democrático de Direito. A edição da EC nº 16/97 representou a tentativa de reduzir o § 5º do art. 14 da Constituição Federal a uma regra destituída de sentido axiológico e que, além de comprometer de forma permanente a estabilidade institucional, patrocina o desperdício de recursos que dramaticamente carecem ao País. A adoção dessa inovação legislativa representa a introdução de um verdadeiro *Cavalo de Tróia* dentro do sistema constitucional republicano brasileiro, o que recomenda a clara identificação dos principais fundamentos jurídicos que configuram a inconstitucionalidade da revogação do princípio da vedação da reeleição. Nesse sentido, constata-se que a emenda constitucional da reeleição comporta, dentro da ordem constitucional democrática, conseqüências e significados jurídicos da seguinte natureza:

1º) *Violação do núcleo essencial de princípios da Constituição.* – Atingiu diretamente os princípios da isonomia, da república e do Estado Democrático de Direito (CF, arts. 1º e 5º).

2º) *Desconhecimento das cláusulas pétreas.* – Ignorou, ao serem atingidos tais princípios – isonomia, república e Estado Democrático de Direito –, os limites expressos, vitais, insuperáveis e inelimináveis da ordem constitucional assegurados pelas denominadas *cláusulas pétreas* (CF, art. 60, § 4º, IV).

3º) *Violação de preceito razoável e em conformidade com a consciência pública expressa na sociedade.* – Revogou princípio limitador do poder, positivado no texto constitucional pela Assembléia Nacional Constituinte em plena identidade com a consciência pública socialmente afirmada, sendo revestido de razoável carga conceitual e

estando distante de qualquer expressão de abuso, o que revela, nesse particular, a bem-sucedida experiência constitucional brasileira.¹⁵

4º) *Relativização dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito (soberania popular, cidadania e pluralismo político)*. – O contexto político, social e jurídico da nação não pautou ou mesmo inspirou o poder reformador na relativização dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, consagrados pelo Poder Constituinte originário e assentados na *soberania popular* (CF, art. 1º, I e 14),¹⁶ desigualando de forma injustificável a *cidadania* (CF, art. 1º, II)¹⁷ e esvaziando o sentido axiológico do *pluralismo político* (CF, art. 1º, V).¹⁸

5º) *Desconhecimento de limites materiais expressos e implícitos ao poder de reforma*. – Ignorou os valores que vinculam o próprio Poder Constituinte originário e que constituem limites materiais expressos e implícitos postos pela cultura e pela história republicana brasileiras.

6º) *Ausência de necessidade histórica de uma transição constitucional*. – Não decorreu da evolução histórica e cultural, e, como tal, resultante de qualquer necessidade que exigisse uma transição constitucional em que uma reforma constitucional seria o mal menor diante da ameaça de mudanças radicais ou de regime.

7º) *Ausência de ruptura institucional*. – Não atendeu aos reclamos de qualquer processo de ruptura institucional que pudesse dar ensejo ao exercício de um Poder Constituinte originário que superasse os limites do poder de reforma para editar uma nova Constituição.

¹⁵ A razoabilidade da obra do Poder Constituinte originário está assentada na concepção de constituição material e mesmo na hermenêutica concretizadora concebida ao longo da história republicana brasileira e incidente precisamente na limitação do poder pessoal, o que notadamente é expressão da consciência social republicana, a qual não é simplesmente definida pela vontade de uma maioria parlamentar, dado que, conforme as palavras de Friedrich Müller, a "*normatividade*, pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida por esse mesmo texto" (MÜLLER, 1999, p. 45), mas "resulta dos dados extralingüísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência." (Id. Ibid., p. 45).

¹⁶ CF: "Art. 1º [...]; I – a soberania;" Vide notas 877 e 878.

¹⁷ CF: "Art. 1º [...]; II – a cidadania;" Vide nota 877.

¹⁸ CF: "Art. 1º [...]; V – o pluralismo político;" Vide nota 877.

8º) *Violação do princípio de legitimidade.* – O princípio de legitimidade constitucional em dimensão estritamente normativa não subsiste diante da tentativa de emprego de um aparente poder de emenda para constituir estatuto eleitoral privilegiado em favor dos titulares do comando do aparelho de Estado, ou seja, os agentes públicos detentores do poder estatal.

9º) *Um processo de mudança constitucional meramente formal e comprometedor da legitimidade eleitoral.* – O órgão de reforma apenas adotou as regras constitucionais de competência e seus aspectos formais para emprestar credibilidade para uma operação política de preservação do poder e de seus agentes com o comprometimento permanente da “normalidade e legitimidade das eleições” (CF, art. 14, § 9º).

10º) *Excesso e desvio de poder.* – O poder reformador atingiu o núcleo essencial do preceito constitucional que consagra a *alternância no poder em sentido estrito*, fundante da República brasileira, assegurada pelo princípio da isonomia e pelo conjunto dos princípios e sobreprincípios constitucionais,¹⁹ acabando por anular o valor constitucional soberanamente assentado na vedação absoluta da reeleição delineada em termos normativos pelo Poder Constituinte originário.

Invocando a lição de Jorge Miranda, resta claro que o poder constituinte reformador, ao editar a emenda da reeleição, incidiu em desvio de poder ao violar o preceito da isonomia, constituindo estatuto privilegiado para uma determinada categoria de agentes públicos investidos no poder, mas igualmente incidiu em excesso de poder ao afrontar o estatuto republicano conformado pelo Poder Constituinte originário,²⁰ atingindo frontalmente os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito. É, de fato, patente

¹⁹ ÁVILA, 2004, p. 79-80: “Os sobreprincípios, como, por exemplo, os princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, da dignidade humana e do devido processo legal, exercem importantes funções, mesmo na hipótese – bastante comum – de os seus subprincípios já estarem expressamente previstos pelo ordenamento jurídico. Como princípios que são, os sobreprincípios exercem as funções típicas dos princípios (interpretativa e bloqueadora), mas, justamente por atuarem ‘sobre’ outros princípios (daí o termo ‘sobreprincípio’), não exercem nem a função integrativa (porque essa função pressupõe atuação direta e os sobreprincípios atuam indiretamente), nem a definitiva (porque essa função, apesar de indireta, pressupõe a maior especificação e os sobreprincípios atuam para ampliar em vez de especificar). Na verdade, a função que os sobreprincípios exercem distintivamente é a *função rearticuladora*, já que eles permitem a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado.”

²⁰ MIRANDA, 2005, p. 491: “O desvio de poder traduziria uma inadequação entre o conteúdo e o fim do acto e os fins do ordenamento constitucional, com violação do princípio da proporcionalidade global. O excesso de poder traduziria uma inadequação entre o conteúdo e o fim concreto do acto, sem que os fins globais do ordenamento fossem questionados, havendo apenas uma violação do princípio da proporcionalidade concreta.”

que o poder reformador não pretendeu extinguir a república, mas é também inequívoco que desconstituiu a moldura e a concepção republicana consagradas pelo Poder Constituinte originário, violando, assim, a proporcionalidade concreta. A cláusula pétreia delineada no princípio republicano da isonomia, por outro lado, restou sobrestada no tema da reeleição, configurando verdadeiro desvio do poder reformador.

Mais do que a transformação de tabu em totem, na inspiração de Oswald de Andrade em Freud,²¹ onde esse último aborda a passagem do estado natural ao social, é possível identificar, especificamente no tema da vedação da reeleição, uma antevisão da necessária e inovadora apreciação da realidade sociocultural brasileira feita pelo poeta modernista. É realmente significativo que mais de um quarto de século antes da edição do *Manifesto antropológico*,²² ainda em 1902, João Barbalho, ao referir a importância do instituto da vedação da reeleição diante dos riscos que afasta no particular contexto brasileiro, tenha reconhecido e valorizado o significado e a identidade cultural do mesmo ao aplaudir a originalidade do contituente republicano.²³ Uma autêntica e sólida democracia não se faz sem reflexão e vivência histórica e cultural.

Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, diante do atingimento de matéria alheia ao poder reformador em face dos preceitos constitucionais postos pelo Poder Constituinte originário, “detém uma parcela da soberania popular tão legítima como o poder constituinte sancionado”²⁴ para anular tais normas incidentes sobre matéria intangível pelo poder reformador da Constituição. Cabe, todavia, não apenas ao hermenauta,²⁵ mas também ao poder reformador, recompor o *status quo ante*, sendo que,

²¹ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Tradução Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

²² ANDRADE, Oswald de. *Manifesto antropológico*. *Obras completas de Oswald de Andrade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v. 6, 1972, p. 17: “Contra a verdade dos povos missionários, definida pela sagacidade de um antropológico, o Visconde de Cairu: – É mentira muitas vezes repetida.” Acerca da idéia de justiça Oswald de Andrade identifica Kelsen, em um dos textos de *A marcha das utopias*, como sendo, “sem dúvida, o maior jurista contemporâneo” (Id. *Ibid.*, p. 227), mas é em sua *tese para concurso da Cadeira de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo* que explicita: “Hans Kelsen, que não é só um mestre do Direito, mas um dos atuais representantes da Filosofia da Cultura, já esgotou o fenômeno do jusnaturalismo. Com ele, vemos imediatamente que a idéia de justiça, em todas as sociedades humanas, aparece como ‘natural’. É coisa natural o direito justo. E sendo justo passa a ser legal” (Id. *Ibid.*, p. 80).

²³ Vide nota 748 e citação da nota 802.

²⁴ MIRANDA, 2005, p. 416.

²⁵ Diante da inconstitucionalidade da EC nº 16/97, é importante observar que o Art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que disciplina o “processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, afasta qualquer dúvida acerca da decorrente e necessária adequação dos fatos pretéritos conformados em sintonia com o texto declarado inconstitucional – *reeleições e mandatos em exercício obtidos em decorrência da regra com presumida*

diante de uma eventual orientação do Congresso Nacional neste sentido, a vedação da reeleição poderá ser repristinada a qualquer tempo, mediante a edição de Emenda Constitucional que reestabeleça tão significativo preceito republicano. A recente experiência constitucional sob a égide da EC nº 16/97 revela que com tal ato teria ensejo uma solução política singela e autêntica, sobremaneira diante da manifesta evidência de aperfeiçoamento da ordem constitucional que restaria posta pelo Poder Legislativo, porquanto expressaria o aprendizado e a sabedoria histórica de toda a nação brasileira e por ela restaria reconhecido de forma consagrada.

A solução de cunho jurídico-normativo é, entretanto, diante dos insanáveis vícios de inconstitucionalidade apontados, a mais serena, objetiva e eficaz, sendo que conta com a atuação dos legitimados para o patrocínio da Ação Direta de Inconstitucionalidade.²⁶ Tal solução parece ser a que melhor se presta para revigorar as relações sociais e, com elas, a crença na real e efetiva possibilidade de este debate ser efetuado racionalmente e com profundidade perante o órgão constitucional competente, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, o qual, importa destacar, ainda não teve oportunidade de firmar posição relativamente a esse tema.²⁷ Tal tarefa, portanto, cabe precipuamente ao

eficácia até a declaração de inconstitucionalidade –, pois, uma vez reconhecida a existência de circunstâncias fáticas irreversíveis, tal como as que ora são debatidas, o referido dispositivo legal consagra a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia dos efeitos, dado que assim dispõe: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

²⁶ CF: “**Art. 103.** Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

²⁷ Ao apreciar a Medida Cautelar na ADIn 1805 (RTJ 188, p. 448-513, DJ de 14/11/2003, Tribunal Pleno, rel. Min. Néri da Silveira), o que se deu em 26.03.88, quando do início do primeiro processo eleitoral após a aprovação da Emenda Constitucional nº 16/97, o STF apenas foi instado a posicionar-se acerca da necessidade ou não de o Presidente da República desincompatibilizar-se para concorrer ao segundo mandato diante do remanescente teor do § 6º do art. 14 da Constituição Federal, que exige a desincompatibilização para que o presidente concorra a qualquer outro cargo. Os partidos políticos autores da ADIn 1.805 (PDT, PT, PCdoB e PL) explicitamente limitaram o pedido a uma “interpretação conforme a Constituição Federal ao § 5º do art. 14 da Constituição Federal, nos termos propostos pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 16” (excerto da inicial da ADIn 1.805) e a declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 73 e do art. 76 da Lei nº 9.504/97, que “estabelece normas para as eleições”, atacando tais dispositivos, editados em decorrência da EC 16/97, que autorizam o “uso em campanha, pelos candidatos a reeleição de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Prefeito e Vice-Prefeito, de suas residências oficiais para realização de contatos, encontros e reuniões pertinentes à própria campanha, desde que não tenham caráter de ato público”, bem como, mediante ressarcimento das despesas, “o uso de transporte oficial pelo Presidente da República e as comitiva em campanha eleitoral”. O entendimento do STF, após explicitar

constitucionalismo, mesmo que a crise de racionalidade contemporânea pretenda relativizar tudo ao ponto de, como na alegoria de George Orwell posta no romance *1984*,²⁸ não ser incomum observar-se que dois mais dois deixam de ser quatro quando não é conveniente ao *status quo* que o sejam, ao que o grande romancista e ensaísta inglês adenda, em outra obra de ficção, igualmente impactante pelo seu trágico realismo, que *todos são iguais, porém alguns são mais iguais do que outros*.²⁹

que a redação original do § 5º do art. 14 da CF estabelecia uma “regra de inelegibilidade absoluta” (ementa do acórdão da Medida Cautelar na ADIn 1.805), foi no sentido de que apenas a Constituição poderia expressamente “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”, de tal modo que é distinta “a natureza da regra do § 6º do art. 14 da Constituição que disciplina caso de inelegibilidade, prevendo-se, aí, prazo de desincompatibilização”, dado que: “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” (excertos do acórdão da MC na ADIn 1805). Vide notas 310 e 789.

²⁸ ORWELL, George. *1984*. Tradução Wilson Velloso. 29. ed. São Paulo: Companhia Ed. Nacional, 2005.

²⁹ Id. *A revolução dos bichos*. Tradução Heitor Ferreira. Rio de Janeiro: Record/Altaya, 1997, p. 93.