

stricto
SENSU

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

ARMENIO DE OLIVEIRA DOS SANTOS

OS LIMITES DO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

PORTO ALEGRE
2008

**PUCRS - FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**
Recebido em 25/06/08
[Signature]
.....
Rubrica Hora

**PUCRS - FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**
Recebido em 27/10/08
[Signature]
.....
Rubrica Hora

UNAS
DEFINIDAS

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

ARMENIO DE OLIVEIRA DOS SANTOS

OS LIMITES DO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

**PORTO ALEGRE
2008**

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

ARMENIO DE OLIVEIRA DOS SANTOS

OS LIMITES DO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

PORTO ALEGRE

2008

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S2371 Santos, Armenio de Oliveira dos
Os limites do poder de reforma da constituição / Armenio de
Oliveira dos Santos. – Porto Alegre, 2008.
132 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito. Programa de Pós-
Graduação em Direito. PUCRS, 2008.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Antônio Caliendo V. da Silveira

1. Direito Constitucional - Brasil. 2. Hermenêutica (Direito).
3. Poder Constituinte. 4. Ordenamento Jurídico. I. Título.

CDD 341.2

Bibliotecário Responsável
Ginamara Lima Jacques Pinto
CRB 10/1204

ARMENIO DE OLIVEIRA DOS SANTOS

OS LIMITES DO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

ORIENTADOR: PROF. DR. PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA

PORTO ALEGRE

2008

ARMENIO DE OLIVEIRA DOS SANTOS

OS LIMITES DO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira

Aprovada em ____ de _____ de 2008.

BANCA EXAMINADORA:

AGRADECIMENTOS

É chegada a hora de tecer alguns agradecimentos. Eles são muitos, mas não poderei aqui fazer a todos aqueles que tiveram ou têm importância em minha vida. Quero, no entanto, que aqueles eventualmente não mencionados aqui se sintam homenageados nas citações que farei e isso, de modo algum significa que são menos importantes.

Primeiramente desejo agradecer a meu pai, Aristeu, à minha mãe, Ida, e à minha avó, Geny, que sempre me apoiaram no desejo de prosseguir na busca incessante do conhecimento e a quem devo a forja da minha personalidade e do meu caráter. Rendo também o meu carinho aos meus irmãos, Ubiratan e Paraguassú (*in memoriam*), não menos importantes.

À Maria e ao Valtoir, pelo carinho, respeito e amizade que sempre me devotaram e devotam.

À minha esposa e amiga, Cristiane, pelo apoio, carinho, amor e compreensão por tanto tempo em que não pude lhe dispensar a atenção merecida, pelos finais de semana e feriados que não pudemos desfrutar.

Aos amigos Alceu Moreira e Edegar da Silva o meu agradecimento por sempre acreditarem no meu potencial, nas minhas idéias e pelas oportunidades. Da mesma forma, ao amigo João Gilberto Lucas Coelho, com quem tenho a honra de privar e de poder dialogar sobre questões importantes da vida nacional e da própria constituinte porque é ele um personagem real da história da Constituição de 1988.

Igualmente, à amiga Iara Leite, pelo seu carinho e incentivo e pela oportunidade de conhecer melhor o pensamento do inesquecível André Forster, homem público e sociólogo de notável saber e retidão.

Aos funcionários e colegas do Mestrado, obrigado pelo convívio engrandecedor.

Por fim, a todos os Professores do Mestrado da PUCRS, especialmente ao Dr. Paulo Caliendo, meu orientador e amigo desde os tempos da Graduação e ao

Professor Thadeu Weber, responsável por despertar em mim o gosto pela Filosofia e pelo pensamento de Hegel. A eles agradeço o apoio e o auxílio na árdua tarefa de concluir esta dissertação.

A todos, o meu mais sincero obrigado!

*A Constituição terá suas contradições,
reflexo, aliás, da beleza plural e
assustadora da sociedade brasileira.
Pode-se dizer que ela é uma ferramenta
moderna e interessante que precisa ser
operacionalizada pelo seu uso prático,
pelo exercício pleno da cidadania de todos
os brasileiros.*

João Gilberto Lucas Coelho

RESUMO

Este trabalho tem por fim tratar sobre os limites do poder de reforma da Constituição, tendo em vista as competências e limitações que são determinadas pelo Constituinte Originário. Faz uma análise a partir da Constituição no pensamento hegeliano, passando pela conceituação da Constituição, suas funções e suas classificações. Analisa o Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Reformador, bem como os seus limites. Estuda o caso concreto da Proposta de Emenda Constitucional em tramitação no Congresso Nacional, que trata da reforma tributária, e conclui que ela possui inúmeras inconstitucionalidades. Com uma análise sistemática, procura responder se as inúmeras alterações constitucionais por via de Emendas ocasionam um risco de descaracterização da Constituição como foi escrita pelo Constituinte Originário. Em função disso, conclui que as Constituições são vivas e necessitam adequar-se ao "espírito do tempo", mas que estas alterações não podem implicar em uma perda da identidade original da Constituição. Por fim, propõe alternativas para solucionar a alta proliferação de Emendas que hoje prosperam no Congresso Nacional em nome de uma falsa ingovernabilidade e como forma de possibilitar que a nossa Carta Magna possa ser revisada periodicamente, a exemplo da Constituição portuguesa e sem que isto represente risco de perda dos direitos e garantias fundamentais e das cláusulas pétreas.

Palavras-chave: Constituição - Direito Constitucional – Hermenêutica – Poder Constituinte Originário – Poder Constituinte Reformador – Limites.

ABSTRACT

This work aims to deal with the limits of the Constitution reform Power, having in view the competences and limitations that are determined by the Originary Constituent. An analysis is made from the Constitution in the hegeliano's thinking, going through the Constitution conceptualization, its functions and its rankings. It analyses the Originary Constituent Power and the Reformer Constituent Power, as well as its limits. It studies the real case of the Constitutional Amendment Proposal in proceduring at the National Congress that deals with tax renewal and concludes that it has got uncountable unconstitutionality. With a systematic analysis, it seeks to answer if the countless constitutional changes via Amendments cause a risk of discharacterization of Constitution as it was written by the Originary Constituent. Owing to this, it concludes that the Constitutions are alive and need to adequate themselves to the "mind time", but that these changes can not imply in a loss of original identity of Constitution. At last, it proposes alternatives to solve the Amendments high prolificity that today thrive in the National Congress on behalf of a false non governability and as a way of allowing that our Magna Carta can be reviewed periodically, as the Portuguese Constitution and without this means risk of deprivation of rights loss and fundamental warranties and of the petreas clause.

Keywords: Constitution - Constitutional Law – Hermeneutic – Originary Constituent Power – Reformer Constituent Power – Limits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A CONSTITUIÇÃO EM HEGEL.....	13
2 A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO.....	22
2.1 CONCEITO	22
2.1.1 <i>Conceito genérico</i>	22
2.1.2 <i>Conceito sociológico</i>	23
2.1.3 <i>Conceito político</i>	24
2.1.4 <i>Conceito jurídico</i>	24
2.2 FUNÇÕES DA CONSTITUIÇÃO	25
2.2.1 <i>Consenso fundamental</i>	26
2.2.2 <i>Legitimidade e legitimação da ordem jurídico-constitucional</i>	26
2.2.3 <i>Garantia e proteção</i>	27
2.2.4 <i>Ordem e ordenação</i>	27
2.2.5 <i>Organização do poder político</i>	28
2.2.6 <i>Simbólica</i>	28
2.2.7 <i>Prospectiva</i>	29
2.3 CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES.....	29
2.3.1 <i>Quanto à forma</i>	30
2.3.2 <i>Quanto à origem</i>	31
2.3.3 <i>Quanto à mutabilidade ou processo de reforma</i>	31
2.3.4 <i>Quanto ao conteúdo</i>	34
2.3.5 <i>Quanto à unidade documental</i>	35
2.3.6 <i>Quanto à dogmática</i>	36
2.3.7 <i>Quanto à extensão</i>	37
2.3.8 <i>Quanto ao sistema</i>	37
3 O PODER CONSTITUINTE	38
3.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	42
3.2 LIMITES AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	43
3.2.1 <i>Limites Ideológicos</i>	44
3.2.2 <i>Limites Institucionais</i>	47
3.2.3 <i>Limites substanciais</i>	47
3.3 O PODER CONSTITUINTE REFORMADOR	49
3.3.1 <i>Titularidade do Poder Reformador</i>	50
3.3.2 <i>Natureza do Poder Reformador</i>	51
3.3.3 <i>Características do Poder Reformador</i>	52
3.3.4 <i>Limites ao Poder de Reforma</i>	52
3.5 PODER CONSTITUINTE DECORRENTE.....	64
3.6 A CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA	66
4 REFORMA, REVISÃO, EMENDA E SUAS DIFERENÇAS	74

4.1 REFORMA	74
4.2 EMENDA.....	75
4.3 REVISÃO CONSTITUCIONAL	77
5 O PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL PARA A REFORMA TRIBUTÁRIA:	
BREVE ANÁLISE.....	82
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	97
ANEXO I - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO	101
ANEXO II – JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	123

INTRODUÇÃO

Desde a sua promulgação a Constituição Federal de 1988 já sofreu inúmeras emendas que modificaram o seu texto original. Exatamente sobre este tema é que os juristas têm se debatido ao longo dos anos, qual seja, analisar até que ponto o texto constitucional pode ser alterado, modificado, sem que isso altere a essência do texto concebido pelo Constituinte Originário.

Vamos procurar estudar os fundamentos da constituição a partir do pensamento de Hegel e de seus conceitos para a formação da sociedade, do Estado e da sua representação. Além disso, estudar o conceito da Constituição, suas funções e classificações, reputamos como fundamental para melhor compreensão da matéria e para adentrar no estudo acerca do Poder Constituinte Originário e Reformador, bem como dos seus limites, objeto principal deste trabalho.

Nossa proposta é uma breve apresentação sobre o tema, até mesmo porque o assunto da nossa monografia não se esgota com facilidade. Vamos, também, buscar trabalhar a questão da reforma da Constituição no caso concreto da Proposta de Emenda Constitucional da Reforma Tributária, à qual tramita no Congresso Nacional, analisando, pontualmente as inconstitucionalidades que, em nosso entendimento existem no texto apresentado pelo Poder Executivo, e deixando de analisar o mérito econômico da referida PEC, eis que este não é o nosso objetivo principal. Igualmente, apresentaremos algumas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal que tratam acerca de inconstitucionalidades de Emendas Constitucionais. Ao final apresentaremos algumas conclusões e propostas na tentativa de colaborar para que a Carta Magna de 1988 não seja tão vilipendiada como está sendo atualmente.

1 A CONSTITUIÇÃO EM HEGEL

O pensamento de Hegel nos traz contribuições importantes quando falamos de Estado, Sociedade e Constituição. Mesmo nos tempos de hoje o pensamento de Hegel é, em nosso entendimento, moderno e atual guardando-se, claro, as devidas proporções sobre o tempo em que viveu Hegel e o nosso tempo.

Lendo-se a filosofia hegeliana, podemos perceber que ela tem por objetivo a compreensão da racionalidade do Estado como o espírito de uma determinada época, de maneira que este conceito é assumido pela Filosofia na forma do conceito moderno de política, no qual a articulação é encontrada por Hegel no direito da liberdade subjetiva. Hegel não tem a pretensão de solucionar este problema, pois para ele a filosofia é a compreensão do que é presente e real.

Antes de falarmos na Constituição em Hegel, se faz necessário entender, mesmo que brevemente, o conceito de Estado que ele tem. A divisão entre Sociedade Civil e Estado como corpo político, para Hegel, não existe, pois a necessidade da Sociedade Civil somente pode ser compreendida a partir do Estado, colocando-se como seu suporte, fundamento e fim.

A Sociedade Civil é construída com as relações de direito que são estabelecidas no seu seio, quer dizer, as relações econômicas, políticas e interpessoais que são estabelecidas pelos indivíduos que a compõem. Mas partindo-se dessas relações outros dois momentos são identificados, quais sejam o *jurídico-administrativo*, onde ocorre a regulação das relações entre os indivíduos, e o *ético-político*, que se configura na adesão do indivíduo para com o Estado¹.

Sem o momento do Estado, na concepção hegeliana, a Sociedade Civil jamais poderia concretizar a união dos seus indivíduos com a totalidade e esta totalidade é, para Hegel, o Estado ético que se constitui em um todo orgânico onde o indivíduo é membro autônomo e para ele são reconhecidos direitos universais, é aceito por todos e todos o reconhecem em seus direitos e como membro da sociedade. No Estado ético encontramos a Constituição fundamentada no "espírito do povo", que é a expressão dos interesses da totalidade da sociedade e do Estado articulados entre si.

¹ SOUZA, Francisco Pereira de. *Hegel e a representação política*. Maceió, AL: Edufal, 2003. p. 78.

O pensamento de Hegel busca sempre reconciliar a liberdade individual com o direito do Estado, pois:

Para ele, o Estado só está articulado e verdadeiramente organizado quando é forte o bastante para suportar a “completa liberdade da particularidade” e “prosperidade dos indivíduos”. A liberdade individual, para Hegel, só se realiza efetivamente ao convergir com o interesse universal, manifesto através do Estado, pois, somente o Estado pode assegurar efetivamente os direitos da Família e da Sociedade Civil.

[...] a Família e a Sociedade Civil não são capazes de realizar a liberdade efetiva dos indivíduos. Só no Estado esta pode ser assegurada e resguardada. A função da representação política será fundamental para a realização da liberdade efetiva dos indivíduos no mundo ético².

Assim, como vimos, a liberdade só é verdadeiramente livre e efetiva quando está calcada no Estado ético, onde torna-se concreta porque é determinada por uma instância universal, mas a Família e a Sociedade Civil não conseguem resolver sozinhas o problema da concretização da liberdade sem o momento posterior do Estado. Para Hegel somente em uma sociedade organizada como o Estado é que o indivíduo pode garantir a sua liberdade. A realização da liberdade efetiva e concreta é o resultado da responsabilidade pessoal e do poder político. No entanto, esta liberdade somente é alcançada através da representação política, à qual realiza a integração racional do indivíduo com a ordem pública objetiva, ou seja, o Estado.

É o Estado a realidade da liberdade concreta. A liberdade concreta consiste em individualidade pessoal, com os seus particulares, de tal modo possuir o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento dos seus próprios direitos (nos sistemas da Família e da Sociedade Civil) que, em parte, se integram por si mesmos no interesse universal e, em parte, consciente e voluntariamente como seu particular espírito substancial, agindo para ele como seu fim último. Disto provém que o universal tem valor e é realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares, nem os indivíduos vivem como pessoas privadas unicamente orientadas pelo seu interesse e sem relação com a vontade universal; deste fim são conscientes em sua atividade individual. O princípio dos Estados modernos tem esta imensa força e profundidade: permite que o sujeito da subjetividade alcance a extrema autonomia da particularidade pessoal ao mesmo tempo que o reconduz à unidade substancial, mantendo assim esta unidade no seu próprio princípio³.

² SOUZA, Francisco Pereira de. *Hegel e a representação política*. p. 35.

³ HEGEL, G. W. Friederich. *Princípios da filosofia do direito*. 2ª ed. § 260. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo, SP: Ícone, 1997. p. 279.

O Estado em Hegel não é um Estado de indivíduos, mas um Estado estamental e posterior à Sociedade Civil.

Contrariamente à teoria política predominante dos jusnaturalistas, O Estado de Hegel não é um Estado de indivíduos, mas um Estado estamental. Quem considerar um conjunto de indivíduos singulares não ordenados em estamentos jamais chegará, segundo Hegel, ao conceito de Estado. Basta recordar uma passagem famosa da *Encyklopädie*: "O agregado de indivíduos privados costuma muitas vezes ser chamado de povo, mas, considerado tal agregado como tal, tem-se *vulgus*, não *populus*; sob este aspecto o único escopo do Estado é que um povo não venha à existência, ao poder e à ação, enquanto for agregado", mas, precisamente, quando estiver articulado em estamentos, que são os "momentos orgânicos" da Sociedade Civil⁴.

Ele, o Estado, "é a instância necessária para articular e administrar os conflitos e contradições"⁵ da sociedade. Em Hegel, os indivíduos se organizam em corporações e estas corporações vão constituir o Estado.

É por meio das instituições existentes no Estado que o indivíduo adquire o sentimento político de patriotismo, que objetiva a liberdade destas instituições estatais e reconcilia o direito com a moral. Encontramos o conceito que Hegel dá para patriotismo na nota explicativa do parágrafo 268 dos *Princípios da Filosofia do Direito*, como segue:

Dá-se muitas vezes o nome de patriotismo à disposição para sacrifícios e atos extraordinários, mas essencialmente ele é a disposição de consciência que, nas situações e circunstâncias habituais, leva a considerar a vida coletiva como base substancial e fim. Esta consciência que perdura no decorrer da vida e em todas as situações é, depois, a base da disposição para esforços extraordinários. Como, porém, muitos homens são mais facilmente corajosos do que justos, facilmente eles se convencem de que possuem esse patriotismo extraordinário a fim de com isso autorizarem a dispensar aquela verdadeira disposição da alma ou se desculparem por não possuí-la.

Quando, por outro lado, os sentimentos cívicos são considerados como o que constitui um início e pode surgir de representações e sentimentos subjetivos, são eles confundidos com a opinião, pois lhe falta, em tal consideração, a sua verdadeira base, que é a realidade objetiva⁶.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Estudos Sobre Hegel*. 2ª ed. São Paulo, SP: Unesp, 1991. p. 229.

⁵ WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano*. Porto Alegre, RS: Edipucrs, 1999. p. 160.

⁶ HEGEL, G. W. Friederich. *Princípios da filosofia do direito*. § 268, nota. p. 215.

Assim, para Hegel, o Estado é um organismo vivo, não um produto artificial, é uma totalidade e não um mero agregado. É um todo e não somente a soma desordenada das partes independentes entre si. Temos, então, aí uma concepção orgânica de Estado onde ele é “organizado”, sendo que a sua força está justamente nesta articulação orgânica entre o todo e suas partes.

O Estado não atua despoticamente fazendo valer a sua vontade unilateral contrariamente às vontades particulares, e nem os indivíduos atuam isoladamente como partes inorgânicas com interesses contrapostos ao Estado. Mais do que um Estado ético, na visão hegeliana, o Estado para ele é um Estado racional, porque é realizado de acordo com uma vontade comum e que busca objetivos universais e constitucionais, porque tem como fundamento a razão que se realiza como vontade.

Hegel fala em uma concepção não formal e não normativa da Constituição e estabelece para ela um conceito positivo. Por “não formal” entende ele que a Constituição refere-se a uma estrutura objetiva de um organismo político e não ao documento onde a estrutura é estabelecida e regulada. Por “não normativo” Hegel entende que a Constituição não tem o sentido de lei superior ou suprema de um país, que regula as relações de poder no âmbito estatal e a que os Poderes estão subordinados, mas sim uma concepção institucional.

O conceito positivo da Constituição na visão hegeliana está relacionado com a concepção orgânica do Estado, onde este é a união, a associação e um organismo vivo, uma totalidade e não um mero agregado. A Constituição é, então, definida como a organização do Estado. O Estado é sempre um povo e este uma totalidade ética e a Constituição é o conjunto de estruturas pelo qual um povo se torna Estado. A Constituição em Hegel, assim, possui uma fundamentação ética. A Constituição, na visão hegeliana, é a organização do Estado e a sua vida orgânica em relação a si mesmo e que possui sua base ética ligada ao “espírito do povo”, que nada mais é do que sua cultura, seus costumes e suas origens, dentre outras características. Na Constituição deve estar presente a realização da vontade particular e da vontade universal de maneira orgânica, isto é, ela deve representar as vontades daqueles que individualmente compõem o Estado. E como *espírito de um povo* entende-se o desenvolvimento desse povo, seus usos, costumes e sua cultura.

A Constituição é, portanto, a unificação de uma sociedade dividida em grupos e com interesses divergentes, é a mediação desses interesses para a superação do

momento da Sociedade Civil para o momento do Estado. É a Constituição que estabelece os fundamentos do Estado e organiza o seu funcionamento.

Bobbio⁷ muito bem interpreta o pensamento hegeliano quando diz:

Se se considera que o substrato histórico, ou seja, historicamente determinado, sobre o qual, segundo Hegel, surge um Estado é sempre um povo (jamais um conjunto disperso de indivíduos), uma “totalidade ética” (que necessariamente ainda não é uma totalidade política), pode-se dizer que a Constituição é a estrutura, ou melhor, o conjunto das estruturas através do qual um povo se torna um Estado.

[...]

Portanto, a Constituição, como organização do todo, é a forma específica em que as várias partes que compõem um povo são chamadas a cooperar, ainda que desigualmente, para um único fim, que é o fim superior do Estado, diferentemente do fim dos indivíduos singulares.

A Constituição, desta maneira, é o princípio da unificação de uma sociedade dividida em estamentos que freqüentemente tem interesses diversos e, não raras vezes, opostos. Ela é a instância de mediação onde o momento da Sociedade Civil é superado pelo momento posterior e superior do Estado. Assim entendida a Constituição, não se pode perguntar quem deve fazê-la porque seria o mesmo que perguntar quem deve fazer o “espírito do povo”.

Portanto, não se pode fazer uma Constituição onde já há uma, e nesse caso Hegel nos ensina, na observação do § 273 da Filosofia do Direito, que:

Si aquella pregunta supone por el contrario una constitución existente, el *hacer* quiere decir entonces solamente modificar, y la misma suposición de una constitución implica inmediatamente que la modificación solo puede efectuarse por un camino constitucional. Por la otra parte, es esencial señalar que la constitución, aunque haya surgido en el tiempo, debe ser considerada como algo *hecho*; es por el contrario lo existente en y por sí, y por lo tanto hay que considerarlo por encima de la esfera de lo que se hace, como lo divino y persistente⁸.

Partindo-se do pressuposto de que a Constituição tem origem no “espírito do povo”, Hegel diz que cada povo tem a Constituição que lhe convém e lhe

⁷ BOBBIO, Norberto. *Estudos Sobre Hegel*. p. 98-99.

⁸ HEGEL, G. W. Friederich. *Principios de La Filosofia del Derecho*. p. 428.

corresponde. Weber⁹ traz como exemplo o fato de que os espanhóis rejeitaram a Constituição que lhes foi dada por Napoleão.

Percebemos, então, que uma Constituição deve ser aceita pelo povo, ou melhor, construída por ele. Uma Constituição não é algo que meramente se faz e se dá a alguém. Os espanhóis rejeitaram a Constituição outorgada a eles por Napoleão porque lhes era algo estranho, algo onde eles não se reconheciam, não reconheciam o seu espírito. Ao lado do “espírito do povo” temos o “espírito do tempo”, o que significa dizer que as constituições devem evoluir com o tempo e que não devem ser imutáveis para que possam permanecer refletindo o “espírito do povo” com o passar do tempo.

Assim, a Constituição deve refletir a situação e o direito de cada povo, sua estrutura principal é imutável, perpetua-se através do tempo e toda e qualquer modificação deve respeitar as regras que ela mesma estabelece para alterações que somente podem ser feitas através de “um caminho constitucional”, como dito na transcrição supra do § 273 de Princípios da Filosofia do Direito. No entanto, o quão mutável a Constituição pode ser é que é a questão, pois alterá-la demasiadamente pode descaracterizar o “espírito do povo” e pode levar a um momento em que o povo não mais se reconheça nela e passe a rejeitá-la, tal qual os espanhóis com Napoleão.

A Constituição é matéria de direito público interno e deve ser reconhecida para que tenha existência, porque se não for aceita não servirá como instrumento de mediação e não será a representação do “espírito do povo”. É nesse particular que entendemos que está a aplicação da filosofia hegeliana no Direito Constitucional Moderno, ou seja, como contribuição para a manutenção da verdadeira essência de uma Constituição.

A chave da questão parece ser a capacidade de o Poder Constituinte derivado manter a representação do “espírito do povo” nas alterações que são feitas, justamente para que a identidade dessa Constituição não se perca ao longo do tempo, com modificações feitas em nome de uma falsa modernidade. Devemos entender aqui como falsa modernidade aquelas alterações constitucionais que não sejam feitas para atender o interesse público coletivo e/ou que não representem a evolução da sociedade.

⁹ WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano*. p. 138.

Com a organização do Estado através do processo de funcionamento via Constituição, Hegel salienta o primado das instituições políticas para garantir a liberdade concreta sobre a disposição subjetiva de quem governa. Portanto, não é suficiente a boa vontade ou as virtudes da personalidade de quem governa para o estabelecimento de uma vontade racional. É imperativo que uma lei racional seja estabelecida para a representação da vontade universal. Em Hegel o despotismo da vontade do governante é substituído pelo Estado de Direito ou Estado Constitucional.

As atividades estatais devem estar subsumidas ao interesse público, pois, caso contrário, estarão sendo exercidas como atividades privadas. Neste ponto Hegel diz:

O caráter fundamental do estado político é a unidade substancial como idealidade dos seus momentos. Nela:

a) Dissolvem-se e ao mesmo tempo se conservam os diferentes poderes e funções, mas só são conservados quando a sua legitimidade não é independente, mas determinada unicamente pela idéia do todo; devem eles abandonar o seu poder para formar a dinâmica articulação como os membros com relação à unidade simples do eu pessoal.

b) As diferentes funções e atividades do Estado pertencem-lhe como momentos essenciais e são inerentes às universais e objetivas, embora se unam à personalidade particular como tal, de um modo exterior e contingente. As funções e os poderes do Estado não podem, portanto, constituir uma propriedade privada¹⁰.

A reforma da Constituição é da alçada do Poder Legislativo que tem a competência de efetuar as alterações de acordo com as regras definidas na própria Constituição, preservando a sua estrutura imutável, para adequá-la ao “espírito do tempo” e atendendo às necessidades da Família, da Sociedade Civil e do Estado.

O Poder Legislativo, para Hegel, não pode ser um mero agregado de indivíduos, mas a expressão dos interesses universais das individualidades e comunitários das comunidades e corporações. Hegel defende um Legislativo formado por representações dos estamentos, que para ele são os verdadeiros mediadores entre o povo e o governo. Os Deputados, então, representam estas

¹⁰ HEGEL, G. W. Friederich. *Princípios da filosofia do direito*. §§ 276/277. p. 232.

funções adotadas pelos membros da Sociedade Civil, segundo a categoria em que eles estão inseridos e não os indivíduos particularmente pela sua riqueza ou fortuna.

No entanto, precisamos fazer uma distinção do tempo de Hegel e os tempos atuais, pois a defesa que o pensador faz está mais para uma representação democrática direta onde as categorias profissionais podiam estar todas representadas no Poder Legislativo. Porém, nos tempos atuais esta representação fica dificultada pelo tamanho dos países, pelo tamanho das suas populações e pelo grande número de estamentos a serem representados ao que temos, então, uma democracia representativa onde os Deputados possuem uma representatividade ampliada.

O importante neste caso é que se extraia do pensamento hegeliano a essência sobre a mediação dos estamentos e sua função de representação política. Neste particular diz ele:

Consideradas como órgãos de mediação, as assembléias de ordem situam-se entre o governo em geral e o povo disperso em círculos e indivíduos diferentes. Delas exige a sua própria finalidade tanto o sentido do Estado, e a dedicação a ele, como o sentido dos interesses dos círculos e dos indivíduos particulares. Simultaneamente significa tal situação uma comum mediação com o poder governamental organizado de modo que o poder do príncipe não apareça como extremamente isolado nem, por conseguinte, como simples domínio ou arbitrariedade, assim como não se isolem os interesses particulares das comunas, das corporações e dos indivíduos. Graças a essa mediação, os indivíduos não se apresentam perante o estado como uma massa informe, uma opinião e uma vontade inorgânica, poderes maciços em face de um Estado orgânico¹¹.

Para Hegel a representação se dá nas corporações e estamentos e é no Poder Legislativo, onde as diferentes vontades, com distintos interesses, se integram e se determinam de forma universal, e este deve estar de acordo com a composição da Sociedade Civil que lhe cabe representar. Hodiernamente é no Poder Legislativo que se representam as corporações, os estamentos e a sociedade civil. O pensamento de Hegel é, então, um pensamento democrático, diferentemente do que afirmam alguns de seus críticos, pois para ele não basta a convocação do povo para eleger os seus representantes, mas estes precisam ter uma vinculação

¹¹ HEGEL, G. W. Friederich. *Princípios da filosofia do direito*. § 302. p. 251.

efetiva com seus interesses e aspirações. Deste modo é que é preservada a liberdade de todos e a vida ética.

Assim é que estudaremos os limites do poder de reforma da Constituição, tendo como fundamento filosófico o pensamento hegeliano.

2 A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

2.1 CONCEITO

O termo Constituição tem sua origem no latim, do verbo *constituere* que significa estabelecer definitivamente. A palavra Constituição somente passou a ser utilizada com o sentido de Lei fundamental do Estado, a partir da independência das colônias inglesas na América, no ano de 1776, e da Revolução Francesa, em 1789. Até então era utilizada a expressão leis fundamentais que, no entanto, trazia a idéia de uma superlegalidade e não de uma norma originária.

Com a Revolução Francesa, que deu origem ao constitucionalismo moderno, o conceito de Constituição transpõe a idéia de império e fixa-se no plano da organização democrática da sociedade e passa a ser o resultado da vontade criadora do povo¹².

Historicamente, Canotilho¹³ ensina que a Constituição deve ser entendida como um conjunto de regras e de estruturas formadoras de uma ordem jurídica-política em determinado sistema político-social.

A Constituição é o objeto de estudo do Direito Constitucional e a doutrina traz muitos conceitos dela, sob os mais diversos ângulos, quais sejam sociológicos, políticos, jurídicos, históricos, restritos, genéricos e outros. Para melhor sistematizar nosso trabalho, iremos abordar o conceito genérico, sociológico, político e jurídico.

2.1.1 Conceito genérico

A partir das críticas da doutrina se estabeleceu uma concepção mais científica ao termo Constituição. No sentido geral, Constituição significa a

¹² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2005.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003.

organização de alguma coisa. Se olharmos neste sentido, poderemos dizer que todas as coisas possuem uma estrutura, desde um corpo humano até algum bem material, todos possuem uma Constituição. Assim dito o termo não pertence apenas ao Direito Público, mas a toda a sociedade. Assim, precisamos visualizar o termo em conceito mais estrito e, nesta ótica, a Constituição significa a estrutura do ser chamado Estado.

Vinculando-se o termo Constituição ao Estado ele serve para designar a sua organização fundamental nos aspectos sociais, jurídicos, econômicos e políticos. Quando é aplicado para denominar a integração de todos estes fatores temos o que a doutrina chama de Constituição *total* ou *integral*¹⁴.

2.1.2 Conceito sociológico

Esse conceito visualiza a Constituição não como um conjunto de normas jurídicas, mas como uma forma real de combinação dos diversos fatores que compõem o Estado. Por isso é que alguns doutrinadores também denominam esse conceito como realista. O importante é que ele observa o fenômeno da Constituição com uma visão sociológica. O mais significativo autor que trata da Constituição sob este prisma é Ferdinand Lassale em sua clássica obra *Que é uma Constituição?* Nela ele diz que a Constituição é a soma dos fatores reais de poder e que podem variar de acordo com cada época.

Afirma ele que:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar¹⁵.

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2002.

¹⁵ LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Porto Alegre, RS: Villa Martha, 1980.

2.1.3 Conceito político

Neste viés, trazemos novamente o pensamento hegeliano onde a Constituição política é a organização do Estado e sua organicidade interna e onde se distingue os seus elementos internos e desenvolve-se a sua existência estável. Em segundo lugar, o Estado é uma unidade exclusiva que se volta para um relacionamento externo com outros. Muito próxima desta concepção estão as idéias de Constituinte *material e formal*.

2.1.4 Conceito jurídico

Juridicamente, a Constituição é um conjunto de normas, uma organização jurídica fundamental, um estatuto onde se rege a organização do Estado.

Na lição de Kelsen, falando-se no conceito jurídico-positivo, a Constituição é o conjunto de normas jurídico-positivas que rege a produção de outras normas e trata da forma do Estado, do governo, de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de sua estrutura interna e aos limites de sua atuação, sendo a lei nacional no seu mais alto grau. Assim, por esta ótica, não é necessário buscar em outra ciência elementos para definir a Constituição em termos jurídicos porque ela se sustenta num plano puramente jurídico.

Se considerarmos somente o conceito de Constituição, juridicamente esta afirmação é verdadeira, no entanto, não podemos olvidar que cada vez mais o Direito se abre para a necessária e indispensável transdisciplinaridade, e este trabalho, que ora apresentamos, parte justamente de uma fundamentação filosófica da Constituição em Hegel. Assim a Constituição, o nosso ver, não pode ser analisada somente sob uma ótica específica, senão de maneira holística e como um organismo vivo como a sociedade e o Estado que ela rege.

Nesse sentido está o pensamento de José Afonso da Silva¹⁶ quando afirma:

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2000. p. 41.

O sentido jurídico de constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a constituição.

2.2 FUNÇÕES DA CONSTITUIÇÃO

Quando falamos sobre as funções da Constituição estamos falando acerca de para que serve a Constituição e de identificar o que ela faz ou o que pretende fazer. Aí podemos ter várias respostas de acordo com a época vivida, com o Estado a que nos referimos ou de acordo com a função específica que abordamos.

A doutrina é bastante variada quando se fala em funções da Constituição. De maneira geral pode-se falar que como ordem aberta a Constituição não é somente a Lei fundamental do Estado, mas da sociedade e como tal deve estabelecer, além da conformação do Estado, os princípios básicos da sociedade como os valores fundamentais da família, do indivíduo, da ordem econômica e social.

Há ainda quem distinga as funções puramente jurídicas da Constituição das político-jurídicas. A primeira diz respeito à organização do Estado e a segunda trata sobre as liberdades, a organização social e política.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta dez funções da Constituição, quais sejam:

a função de garantia, a função organizativa ou estruturante, a função limitativa, a função procedimental, a função instrumental, a função conformadora da ordem sociopolítica, a função legitimadora (às vezes, legitimante), a função legalizadora, a função simbólica e, enfim, a função prospectiva¹⁷.

Já Canotilho fala em cinco funções clássicas da Constituição, que são: a de consenso fundamental, de legitimidade e legitimação da ordem jurídico-

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. p. 64.

constitucional, de garantia e proteção, de ordem e ordenação e de organização do poder político¹⁸.

Optamos aqui por trabalhar com a classificação quártupla do Prof. Canotilho acrescida de mais duas, às quais entendemos não abarcadas nas dez citadas antes, do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

2.2.1 Consenso fundamental

É uma das principais funções de uma Constituição eis que se refere a princípios, valores e idéias norteadoras de conduta político-jurídica de uma comunidade. Estão aí inseridos, por exemplo, os princípios do Estado de direito, do Estado democrático, da socialidade, da organização republicana, da dignidade da pessoa humana, da pluralidade, da separação e independência dos poderes, da majoritariedade e da fiscalização judicial dos atos do poder político. Esses princípios em conjunto são os formadores de padrões de conduta política e jurídica que estabelece um consenso entre os integrantes da comunidade política.

Sobre este assunto é relevante registrar a interessante obra do Professor Cezar Saldanha Souza Júnior¹⁹.

2.2.2 Legitimidade e legitimação da ordem jurídico-constitucional

Esta função propicia que se estabeleça uma legitimidade para a ordem política e legitimação aos detentores do poder político, ratificando-lhes a autoridade e o mando em que são investidos. A função de legitimidade pressupõe a conformidade com o "espírito do povo" em dado momento histórico e quando ela é aceita é que se reveste de legitimidade. Aqui, novamente, podemos referir a passagem em que os espanhóis rejeitaram a Constituição dada a eles por Napoleão

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

¹⁹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto Alegre, RS: Sagra Luzzatto, 2002.

e a máxima de Hegel de que cada povo tem a Constituição que lhe convém e lhe corresponde.

Em se tratando da função de legitimação do poder, é a Constituição que o funda, o regula e o limita, não havendo possibilidade de exercício de poder que não esteja vinculado e limitado pela Carta Magna.

2.2.3 Garantia e proteção

A função de garantia é uma das principais funções de uma Constituição no constitucionalismo moderno. Ela serve para garantir os direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e preexistentes ao Estado. Modernamente esta foi uma das inovações importantes do Constitucionalismo, o fato de retirar do soberano a livre disposição sobre os direitos fundamentais. Por outro lado, a Constituição é reconhecida como Direito Superior e Lei Superior e, assim, os detentores do poder ficam subordinados aos titulares do poder através da Constituição, que cumpre aí o seu fim permanente de limitadora do poder.

2.2.4 Ordem e ordenação

A Constituição, repita-se, é uma ordem jurídica fundamental e, como tal, dentre as suas principais funções está a de ser uma ordem fundamental do Estado onde ela o conforma e o modela juridicamente, uma vez que este é composto por uma multiplicidade complexa de instâncias e órgãos diferenciados e que devem estar relacionados entre si. Antigamente falava-se em subordinação entre os órgãos que compõem o Estado, mas atualmente com a necessidade de horizontalização e transdisciplinaridade cada vez maior da administração e com a administração por programas, entendemos que o mais correto é falar-se em relacionamento, que é mais abrangente.

Há, ainda, outro viés da Constituição como ordem fundamental, pois ela possui a natureza de *norma das normas* e cabe-lhe, então, ser a base do

ordenamento jurídico do Estado, já que é ela quem fixa os valores, a força e a eficácia das normas infraconstitucionais.

2.2.5 Organização do poder político

A função de organização do poder político pela Constituição também se dá pelo seu caráter de ordem fundamental e novamente aqui, Canotilho²⁰ nos aponta dois planos de ação da Constituição para a efetivação desta função.

O primeiro é de que à Constituição incumbe a definição dos princípios estruturantes da organização do poder político, como a separação e interdependência dos poderes e a repartição das competências. Assim, agindo, a Constituição dá forma ao Estado e constitucionaliza a forma de governo.

O outro plano é a competência da Constituição de criação dos órgãos constitucionais, seja dos órgãos de soberania ou os mais simples, cabendo-lhe, ainda, a definição de suas atribuições e competências.

2.2.6 Simbólica

A função simbólica da Constituição está relacionada com a questão da legitimidade pela legalização que é dada pelo poder, revestindo o texto com o sinal da modernidade e dando-o legitimidade. Essa função pode ser extraída das normas constitucionais que carregam uma forte normatividade e que se revelam puramente instrumentais, apontando para uma ineficácia da Constituição.

Na nossa Carta de 88 podemos verificar esta função simbólica no seu artigo 3º, onde vemos o propósito de busca de uma sociedade justa e solidária e de erradicação da pobreza. Porém, por mais utópicas que sejam as normas constitucionais isto não deve e não pode ser utilizado como motivo para justificar ou desonerar os poderes e a sociedade da busca permanente da consecução destes

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

objetivos, pois, embora todos saibam ser impossível o atingimento pleno destes fins, o que deve ser buscado é a maior proximidade possível com o ideal. Assim, portanto, a função simbólica em nada compromete a supremacia da Constituição.

2.2.7 Prospectiva

A função prospectiva da Constituição decorre da função conformadora e está voltada para o futuro. A Constituição dirige a sua ação política e de toda a sociedade para a realização de determinados objetivos, quais sejam gerais ou específicos, que estejam plasmados no seu texto.

Canotilho²¹ exemplifica que a manifestação mais evidente da função prospectiva foi a chamada Constituição dirigente, que tinha por objetivo a implantação do socialismo. Embora não tenha se desenvolvido a idéia de que a Constituição brasileira é uma Constituição dirigente, existem alguns autores que a vêem como tal²². Particularmente, entendemos que a nossa Carta Magna pode ser vista como uma Constituição dirigente, sobretudo porque ela foi concebida com o claro propósito de buscar a implantação futura de um governo parlamentarista, o que, a nosso ver, infelizmente, não vingou.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

Inúmeros são os critérios apontados pela doutrina para classificar as Constituições e, dependendo do que se estabeleçam, os reflexos podem ser diferentes. A classificação tem o objetivo de estabelecer uma sistematização didática para facilitar a compreensão e o estudo e variam de autor para autor de acordo com o enfoque que cada um deseja ressaltar. Dentre os critérios que pesquisamos procuramos aqui abordar os aspectos elencados por autores clássicos como Manoel

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*.

Gonçalves Ferreira Filho²³ e mais recentemente Michel Temer²⁴, Walber de Moura Agra²⁵ e Kildare Gonçalves Carvalho²⁶, por nos parecerem os de mais fácil compreensão e os mais objetivos.

2.3.1 Quanto à forma

a) Escrita ou dogmática - São aquelas cujos preceitos estão consubstanciados em um ou vários textos ou documentos e sua origem normalmente provém do Poder Legislativo, que é o responsável pela sua confecção.

No caso das Constituições escritas ocorre uma facilidade maior de acesso pela população em geral, o que confere uma maior segurança jurídica e uma facilidade maior no controle da constitucionalidade.

b) Costumeira ou consuetudinária - São as constituições que se fundamentam em usos e costumes válidos como fontes de direito, sedimentados com o transcorrer do tempo e que são reconhecidos por aqueles a que se destinam. Elas não possuem origem em um texto escrito e por isso se fundamentam nos costumes, na jurisprudência e em convenções.

Notadamente os exemplos mais conhecidos de Constituições costumeiras são as da Nova Zelândia, da Finlândia e da Inglaterra.

Por serem Constituições que necessitam de longo tempo para se concretizarem elas possuem, naturalmente, mais estabilidade que as escritas. Isso porque elas vão ganhando assentimento da população com o passar do tempo, o que lhes confere também maior legitimidade.

Alguns doutrinadores afirmam que estas Constituições são mais democráticas que as escritas, mas esta afirmativa é uma falsa premissa, pois os costumes podem ser emanados pelos mais fortes e/ou poderosos, pela elite intelectual, religiosa ou

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*.

²⁴ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 222.

²⁵ AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 2000.

²⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*.

econômica, constituindo assim um texto que não representa vontade mediada de todos os estamentos sociais.

Nelson de Souza Sampaio²⁷ ensina que hoje já não existem mais constituições puramente costumeiras e Gama²⁸ sobre o tema diz:

O exemplo contemporâneo da Grã-Bretanha só em parte merece a caracterização de Constituição costumeira, já que as normas tidas como constitucionais têm várias fontes históricas consignadas em documentos escritos.

2.3.2 Quanto à origem

a) Promulgada ou democrática - Aquela que se origina da vontade popular, que é expressa em Assembléia Constituinte, eleita para fazer a Constituição pelo voto popular.

b) Outorgada - É aquela ditada por um indivíduo ou grupo que não tenha recebido a legitimação do povo para exercer o Poder Constituinte. Não há participação ou colaboração do povo na sua elaboração e não há eleição por este de Assembléia Constituinte para exercer o Poder Constituinte. Elas são impostas, concedidas ou outorgadas pelo governo, rei, junta governativa, ditador, etc., por si ou por terceira pessoa por ele designada.

2.3.3 Quanto à mutabilidade ou processo de reforma

a) Rígida - É aquela que necessita de processo especial e qualificado para alteração do seu texto e que deriva da própria Constituição. Esse processo é mais

²⁷ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. Salvador, BA: Livraria Progresso, 1954. p. 26.

²⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Alterações constitucionais e limites do poder de reforma*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 3.

solene e mais qualificado do que aquele exigido para as leis ordinárias, e as normas constitucionais não podem ser revogadas ou derogadas por norma infraconstitucional.

Caso sejam editadas normas ou atos infraconstitucionais em desacordo com o texto constitucional elas serão inconstitucionais e com as respectivas conseqüências jurídicas apontadas no momento do controle de constitucionalidade.

Especialmente neste item, trazemos os apontamentos de Canotilho²⁹ os quais julgamos importantes, como segue:

A opção por um "texto rígido", no sentido assinalado, é hoje justificado pela necessidade de se garantir a identidade da Constituição sem impedir o desenvolvimento constitucional. Rigidez é sinônimo de garantia contra mudanças constantes, freqüentes e imprevisas ao sabor das maiorias legislativas transitórias. A rigidez não é um entrave ao desenvolvimento constitucional, pois a Constituição deve poder ser revista sempre que a sua capacidade reflexiva para captar a realidade constitucional se mostre insuficiente.

A dicotomia entre rigidez/flexibilidade não postula necessariamente uma alternativa radical; exige-se, sim, uma articulação ou coordenação das duas dimensões, pois, se, por um lado, o texto constitucional não deve permanecer alheio à mudança, também, por outro lado, há elementos do Direito Constitucional (princípios estruturantes) que devem permanecer estáveis, sob pena de a Constituição deixar de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das forças políticas. Neste sentido se fala da identidade da Constituição caracterizada por certos princípios de conteúdo inalterável. (Grifo nosso)

A transcrição *in totum* deste trecho se faz importante na medida em que aborda um dos problemas que, entendemos, pode estar ocorrendo com a nossa Carta, qual seja a perda da sua identidade pelo excessivo número de alterações constitucionais e porque, também, aponta para uma solução do problema. Cabe, ainda, por fim, ressaltar que a nossa Constituição de 1988 é classificada como rígida, pois a sua alteração depende de procedimento especial consubstanciado nos seus artigos 47 e 60, incisos I a III e parágrafos, como segue:

Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.

[...]

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa³⁰.

b) Flexível - É a que não exige o procedimento especial para alteração do texto e que admite livremente modificação por processo igual ao utilizado para edição de leis ordinárias. O *quorum* exigido para alterar a Constituição é o mesmo exigido para edição de normas infraconstitucionais. A própria lei ordinária que contraste com a Constituição já é suficiente para alterar-lhe o texto por ab-rogação ou derrogação. Assim, conclui-se, também, pela inexistência de controle de constitucionalidade neste tipo de Constituição, pois ela não possui supralegalidade material e imutabilidade relativa.

Podemos dizer, ainda, que, por não haver uma supralegalidade material ou formal, as normas constitucionais flexíveis não podem ser consideradas normas supremas e que, por isso, não há hierarquia entre Constituição e normas infraconstitucionais e que todas as normas do ordenamento jurídico estão em um mesmo nível de relacionamento horizontal. Este tipo de Constituição não necessita de Poder de Reforma, eis que todas as normas são passíveis de modificação pelo mesmo procedimento e que há, portanto, uma constante manifestação do Poder Constituinte Originário.

³⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

Os exemplos clássicos de Constituições flexíveis são as da Inglaterra, Finlândia e Nova Zelândia onde, ao contrário do que se possa supor, os textos das Constituições não sofrem constantes modificações. A estabilidade delas se dá pela estabilidade sociológica e não pela rigidez formal, pois elas passam a atender aos interesses da maioria da população com a sedimentação dos seus costumes.

c) Semi-rígida - É aquela que exige o procedimento especial e qualificado para modificação de algumas de suas disposições e que para outra parte admite para sua alteração o mesmo procedimento aceito para as constituições flexíveis.

Como exemplo deste tipo de Constituição, podemos mencionar a brasileira de 1824 que em seu artigo 178 previa como constitucionais as matérias referentes aos limites e atribuições do poder político e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Todo o resto, em que pese constar do texto constitucional, poderia se alterar por lei ordinária.

2.3.4 Quanto ao conteúdo

a) Materiais – É aquela que trata de temas materialmente constitucionais independente de que eles possuam origem em uma fonte Constitucional.

São as normas constitucionais que têm como função a estruturação dos organismos do poder político, bem como tratar das competências inerentes à soberania interna e dispor sobre os direitos humanos e fundamentais da primeira à última geração.

A Constituição material propõe uma vinculação da Constituição jurídica com a Constituição social. Isto porque o texto de uma Constituição, inegavelmente, traduz a realidade social do tempo em que foi escrita. É o que Hegel chamou de o “espírito do tempo” e que deve estar espelhado na Constituição.

Por conseguinte, a Constituição material traz o caráter ideológico contemplado no texto e consagra determinados valores que servirão como balizamento para a organização fundamental do Estado. Interpretamos aqui o termo ideologia na sua acepção clássica grega onde *eidos* quer dizer idéia e *logos* é conhecimento.

Não se pode negar a influência dos aspectos ideológicos no sistema jurídico, pois são eles que determinam a linha axiológica a ser seguida, conforme as relações sociais estabelecidas e a forma de ver o mundo que a sociedade à época tem.

b) Formais – São aquelas que privilegiam a forma em detrimento do conteúdo e possuem um conjunto de normas que somente podem ser alteradas pelo procedimento mais complexo que o legislativo ordinário. É uma visão eminentemente técnico-jurídica da Constituição.

Porém, precisamos ressaltar que, neste caso, nem todas as normas inseridas na Constituição merecem o *status* de norma constitucional e só são nela postas para evitar que sejam alteradas casuisticamente.

Sobre esta matéria Canotilho ensina ser muito difícil distinguir entre o que merece ser considerado como norma constitucional ou não, e que não se pode correr o risco de o intérprete desconstitucionalizar o que o legislador ordinário fez constar como constitucional. Assim, afirma ele que: “Por isso, todas as normas da Constituição têm o mesmo valor; todas as normas inseridas no texto constitucional fazem parte do *corpus* constitucional”³¹.

2.3.5 Quanto à unidade documental

a) **Orgânicas** – São aquelas que são escritas em um único texto e neste estão contidas todas as normas constitucionais. Não existem, no caso, emendas fora do texto constitucional, pois elas são inseridas em lugar adequado por meio de substituições, supressões e aditamentos.

b) **Inorgânicas** - São aquelas que, ao contrário da anterior, apresentam as normas com valor constitucional dispersas em vários documentos. Podem, também, apresentar leis com valor constitucional que vigem ao lado da Constituição.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1138.

2.3.6 Quanto à dogmática

a) **Ortodoxas** – São Constituições que adotam uma só ideologia política e são sempre escritas, pois, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho³², é sempre fruto da aplicação consciente de princípios ou dogmas.

b) **Ecléticas** – Estas são aquelas que, diferentemente da dogmática, procuram conciliar ideologias opostas.

O autor supramencionado estabelece uma conexão da Constituição ortodoxa com a escrita e a eclética com a histórica e não escrita, isto porque, segundo ele, esta última é o resultado de uma longa e lenta síntese histórica e que envolve a evolução dos fatos sociopolíticos.

Particularmente, entendemos que é possível haver Constituições ecléticas escritas, pois se partirmos da premissa que a eclética é fruto da tentativa de conciliação de ideologias diferentes e o texto final consegue ser a resultante das vontades mediadas, teremos aí uma eclética escrita. Na nossa Constituição de 1988, vimos o embate de ideologias diferentes sendo defendidas, principalmente sobre a forma e o grau de intervencionismo do Estado na economia e sobre a forma de Estado e de Governo.

As representações de esquerda defendiam o Estado máximo, as de direita o Estado mínimo e as de centro o Estado gerente. No que tange à forma de governo, como já dissemos, havia o embate entre os que defendiam o parlamentarismo e o presidencialismo, decisão esta que foi remetida para o plebiscito.

Havia, também, disputa entre as formas de Estado, a República ou a Monarquia Constitucional e esta decisão igualmente foi remetida ao plebiscito, sendo que neste, como todos sabemos o resultado foi a República Presidencialista, mas o texto da Carta de 88 resultou eminentemente parlamentarista, questão esta que perdura até hoje.

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*.

2.3.7 Quanto à extensão

a) **Sintéticas ou curtas** – São aquelas que estabelecem apenas os princípios e normas gerais de organização e limitação do poder do Estado. São Constituições principiológicas, básicas e concisas que se limitam a tratar somente de elementos constitucionais.

Como exemplo deste tipo de Constituição, podemos citar a norte-americana de 1787 e uma das suas principais vantagens que é a duração ao longo do tempo, por ser mais facilmente adaptável à legislação infra, não necessitando de alterações em seu texto.

b) **Analíticas ou extensas** - São as que contemplam no seu texto uma elevada quantidade de normas jurídicas que o legislador constituinte julgou relevantes e decidiu inseri-las no texto, para que possuíssem maior estabilidade e evitar alterações casuísticas. Elas trazem a constitucionalização de direitos e deveres subjetivos e a imposição de deveres ao governante com o intuito de evitar arbitrariedades, de maneira a transmitir para a sociedade um sentimento de maior segurança jurídica. Nos dias atuais, a maioria das Constituições vigentes é considerada como analítica.

2.3.8 Quanto ao sistema

a) **Principiológicas** - Também chamadas de Constituições abertas, são as em que há a predominância de princípios e normas de elevado grau de abstração e que necessitam de legislação complementar para lhe dar efetividade e concretização. Nossa Constituição de 1988 é considerada como principiológica.

b) **Preceituais** – Estas, contrariamente, são as em que predominam normas com baixo grau de abstração que concretizam princípios e que possibilitam a sua aplicação coercitiva diretamente. Há a prevalência das regras individualizadas.

3 O PODER CONSTITUINTE

Como vimos anteriormente o Poder Constituinte é o instituidor do Estado e que propicia a formação de um arcabouço jurídico, através do qual se estabelece a possibilidade de convivência do homem em sociedade. A questão do Poder Constituinte não se resume somente ao Direito Constitucional em si, mas perpassa aspectos da Filosofia, como já estudamos, da Teoria da Constituição e da Teoria Geral do Direito.

Canotilho³³ aborda esta problemática ao formular quatro questões que permitem verificar a transdisciplinaridade do assunto, quais sejam: 1. O que é o Poder Constituinte?; 2. Quem é o titular desse poder?; 3. Qual o procedimento e forma do seu exercício? e 4. Existem ou não limites jurídicos e políticos quanto ao exercício desse poder?

À primeira questão ele afirma que o Poder Constituinte se revela como um “poder de força” ou de “autoridade” política que pode criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como Lei fundamental da comunidade política.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁴, ao abordar esse tema, ensina que:

O Direito não se resume ao Direito positivo. Há um Direito natural, anterior ao Direito do Estado e superior a este. Deste Direito natural decorre a liberdade de o homem estabelecer as instituições por que há de ser governado. Destarte, o poder que organiza o Estado, estabelecendo a Constituição, é um poder de direito.

Assim, o Poder Constituinte é um poder político que antecede ao Estado e que não se legitima em si mesmo, eis que depende de fatores extras e pré-jurídicos para obter legitimação.

Para a segunda questão, Canotilho³⁵ afirma que o titular do Poder Constituinte é o “povo” e que povo deve ser entendido como uma “grandeza

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003.

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2002. p. 23.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*

pluralística” que é formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades e instituições que são os veiculadores de idéias, crenças e valores, os quais são plurais, convergentes ou conflitantes.

No entanto, não devemos confundir o titular do Poder Constituinte com o seu agente. Este é o homem ou grupo de homens que exerce o poder em nome do seu titular para estabelecer a Constituição do Estado. Então, por exemplo, a Assembléia Constituinte é, em regra, o agente do Poder Constituinte do povo.

O agente, por não ser o titular do Poder Constituinte, edita a obra que valerá como uma Constituição, na medida em que contará com a aceitação do titular e esta aceitação poderá ser presumida quando o agente é designado para exercer o poder em nome do titular. Como no caso de uma Assembléia eleita ou aferida *a posteriori*, expressamente quando a Constituição é submetida a um *referendum* ou, ainda, tacitamente, quando é posta em vigência e ganha eficácia.

Da distinção entre o titular e o agente do Poder Constituinte temos duas importantes conseqüências que são:

- a) O Poder Constituinte do titular permanece e não se exaure após a sua manifestação, ao passo que o do agente se esgota com a conclusão da obra;
- b) A obra do agente está sempre sujeita a uma condição de eficácia, ou seja, quando ela é aceita, cumprida e aplicada.

No que tange à terceira questão, Canotilho³⁶ afirma que o importante é esclarecer o procedimento constituinte ou, em outras palavras, “o problema das formas de exercício do Poder Constituinte”.

A questão do procedimento constituinte se faz importante porque ele é a base estrutural da legitimação da Constituição, uma vez que é ele que inicia a cadeia de legitimação democrática e fundamenta o exercício do poder político. O Poder Constituinte é soberano porque possui a capacidade de estabelecer originária e livremente a configuração jurídica e política do Estado, assim como as opções de políticas fundamentais.

No entanto, embora soberano, ele não é absoluto, porque deve estar vinculado ao “espírito do povo”, às estruturas políticas, econômicas e sociais e que deverão ser refletidas na nova Constituição.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

Encontramos na doutrina diversas denominações para este momento. Alguns autores falam em Poder Constituinte material e formal e outros, como Canotilho, falam em decisões pré-constituintes e decisões constituintes, dividindo, ainda, esta última denominação em Assembléia Constituinte e Referendo Constituinte e Procedimento Constituinte Direto. Preferimos seguir, neste trabalho, a esquematização de Canotilho porque ela nos parece mais clara e objetiva, como segue³⁷:

As decisões pré-constitucionais são decisões e atos que ocorrem ainda anteriormente ao procedimento constituinte propriamente dito e estas decisões que objetivam a elaboração de uma Constituição vêm normalmente associadas a situações constitucionais extraordinárias, tais como revoluções, golpes de Estado, surgimento de novos Estados, transições constitucionais e outros do gênero. Basicamente temos aí dois tipos de decisões pré-constitucionais, quais sejam: uma, a decisão política de elaborar uma nova Constituição e, duas, a edição de leis constitucionais provisórias determinadas a reger minimamente o procedimento constitucional propriamente dito.

Temos, então, que as decisões formais ou pré-constituintes são aquelas de vontade política e as decisões materiais ou constituintes são aquelas destinadas à adoção de uma nova Constituição, tais como iniciativa, discussão, votação e edição da nova Carta Magna.

Porém, ressaltamos que nem sempre a edição de uma nova Constituição está associada a momentos extraordinários, como bem ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁸:

Há, porém, Constituições não precedidas de revolução. Algumas, como a Constituição francesa de 1958, são fruto de reforma da Constituição anterior, estabelecidas de acordo com as normas (pelo menos formais) da Constituição anterior, mas que, por resultarem numa ampla, completa, profunda reformulação, se intitulam de (nova) Constituição. Outras são concedidas por um Estado colonizador a estado que se liberta da colonização. É o que fez a Grã-Bretanha em favor de suas antigas colônias, em numerosas oportunidades. (Grifo nosso)

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. p. 25-26.

As decisões constituintes são divididas em Procedimento Constituinte Representativo, Assembléia Constituinte e Procedimento Constituinte Direto, o Referendo Constituinte.

No âmbito do Procedimento Constituinte Representativo, temos: a) a Assembléia Constituinte Soberana, b) Assembléia Constituinte não Soberana e c) a Assembléia Constituinte e Convenções do Povo.

A Assembléia Constituinte Soberana é, talvez, o procedimento mais clássico do constitucionalismo moderno. Chama-se também de Procedimento Constituinte Representativo porque, em sua forma representativa pura, cabe a ela, a Assembléia Constituinte, a elaboração da Constituição sem nenhuma forma de intervenção direta do povo, seja através de referendo ou de plebiscito.

A Assembléia Constituinte não Soberana é assim designada porque, embora seja, também, fruto de um procedimento representativo, tem competência apenas para elaborar e discutir o projeto da Constituição, mas cabe ao povo, em momento posterior, aprovar ou rejeitar tal projeto, por meio de um referendo. Neste particular a doutrina diz que o texto apresentado pela Assembléia Constituinte é uma proposta de Constituição e que o voto do povo no referendo é uma sanção constituinte.

No caso da **Assembléia Constituinte e das Convenções do Povo** temos uma idéia semelhante à anterior com a elaboração do projeto de Constituição e com o referendo posterior, diferindo apenas que este referendo se dá através das **Convenções do Povo**, que são reuniões ocorridas em diversos centros territoriais. Este foi o modelo constitucional adotado pela Constituição norte-americana de 1787, onde os delegados elaboraram o projeto na Convenção da Filadélfia e que foi submetido ao consentimento do povo, em convenções especialmente convocadas para este fim, nos diversos Estados da União daquele país.

O Procedimento Constituinte Direto é assim denominado porque a aprovação do projeto de Constituição se dá diretamente pelo povo, sem a mediação de qualquer representante. Tal procedimento também possui tipos diversos e, em alguns casos, é submetido à sanção popular numa proposta de Constituição ou de revisão constitucional que é elaborada por órgãos políticos ou por um determinado número de cidadãos. O Referendo Constituinte é aqui dito como um procedimento de aprovação de uma Constituição mediante livre decisão popular e serve para

distinguir do plebiscito constituinte. Este último é a submissão de um projeto de Constituição que é elaborado pelos titulares do poder representativo.

A doutrina costuma, ainda, dividir o Poder Constituinte em Poder Constituinte Originário, Derivado e Decorrente.

Passaremos, agora a estudar, cada uma das espécies e os limites do Poder Originário e Derivado.

3.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Também denominado de Poder Constituinte Genuíno, Primário ou de Primeiro Grau, o Poder Constituinte Originário é aquele que tem o poder de elaborar uma Constituição. Essa elaboração pode surgir do zero, nos casos de elaboração da primeira Constituição de um Estado ou mediante a ruptura de uma ordem jurídica anterior e à implantação de uma nova.

O Poder Constituinte Originário não encontra limites no direito positivo anterior e não está subordinado a qualquer regra jurídica preexistente, podendo, inclusive ir de encontro ao direito adquirido, pois não há direito adquirido em face de uma Constituição.

O Poder Originário deve submeter-se ao “espírito do povo”, na concepção de Hegel e, também, pode estar vinculado ao direito supralegal, como os direitos humanos, o “espírito do mundo”, o Direito natural e os direitos e garantias fundamentais reconhecidos como tal na ordem jurídica internacional. É claro que esta não é uma vinculação obrigatória, mas que normalmente ocorre em se tratando de um Estado que pretende inserir-se na ordem mundial.

Como características do Poder Constituinte Originário podemos citar que:

- a) É um poder inicial que não encontra limites em qualquer direito positivo anterior e não se funda em nenhum poder. É um poder político, suprajurídico e anterior ao próprio direito positivo, cabendo-lhe a inauguração de uma ordem jurídica inédita e cuja energia geradora funda-se em si mesma;
- b) é um poder autônomo porque não se subordina a nenhum outro;
- c) é um Poder Constituinte permanente que não desaparece com a elaboração da Constituição, permanece latente e se manifesta quando a nação

decide criar outra Constituição. É um poder que somente se manifesta em situações excepcionais para a criação de um Estado novo ou, no caso de um Estado preexistente, quando há a necessidade de criação de um novo ordenamento constitucional;

d) é um poder absoluto, ilimitado e incondicionado no que se refere à ordem jurídica anterior. Desta forma, pode conferir ao Estado as características que sejam mais adequadas ao “espírito do povo”, desde que as forças atuantes na sociedade tenham influência suficiente para se fazer representar na Assembléia Constituinte;

e) é um poder indisponível e inalienável porque a nação não pode abrir mão do direito de mudar quando lhe interessar.

3.2 LIMITES AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Existem pensadores como Sieyès que em sua teoria original defende o Poder Constituinte original como onipotente e ilimitado, não sujeito a qualquer ordem jurídica por ser um poder político.

O Poder Constituinte Originário, por não estar vinculado a uma ordem jurídica anterior pode, através de uma nova Constituição, desconstituir situações legitimamente estabelecidas e retroagir inclusive para afetar direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada, tendo, inclusive, o nosso Supremo Tribunal Federal assentado esta questão jurisprudencialmente. Pode, portanto, determinar a aplicação retroativa das novas normas constitucionais por ele editadas. Essa hipótese, no entanto, é excepcional e deverá estar expressa no novo texto Constitucional. A regra deve ser e é a preservação da coisa julgada.

Esta ilimitação, porém, deve ser vista de maneira teórica, pois hodiernamente, é necessário relativizar este absolutismo do Poder Originário, porque se ele não está, como efetivamente não está, submetido a qualquer limitação de ordem de direito positivo interno, ele está vinculado ao direito supralegal, como já mencionamos anteriormente. Neste âmbito temos, pelo menos dois planos bem definidos, quais sejam o plano do Direito natural e o do Direito internacional.

Também temos como limitador o fato de que não pode resultar do Poder Constituinte Originário normas que atentem contra o próprio Estado, como por

exemplo, aquelas que tendam à aniquilação ou à anexação do Estado. Por isso é que se defende que o Poder Originário não está desvinculado de todo e qualquer princípio ou de todas as regras de convivência internacional entre Estados soberanos.

A doutrina, modernamente, nos apresenta três espécies de limites ao Poder Constituinte Originário, que são, conforme a doutrina de Uadi Lammêgo Bulos³⁹, ideológicas, institucionais e substanciais, como veremos a seguir.

3.2.1 Limites Ideológicos

Estas limitações de caráter ideológico são aquelas que se manifestam por meio das crenças, dos valores que atuam na superestrutura, das pressões exercidas por grupos sociais, das exigências do bem comum e da opinião pública.

As crenças, no ensinamento de Bulos, são aquelas de caráter antropológico, do comportamento ou conduta do homem, suas motivações, desejos ambições, cultura e costumes. Essas crenças são, em outras palavras, o que a filosofia hegeliana convencionou chamar de o "espírito do povo" e que abordamos no Capítulo I. Percebemos, então, aí, uma convergência dos doutrinadores com o pensamento de Hegel.

Os valores que devem ser considerados do ponto de vista ideológico são aqueles relacionados ao direito supralegal ou Direito natural como, por exemplo, a liberdade, a igualdade e a paz. Não se trata de escolher um ou outro, ou de isolar um em detrimento de outro, mas de considerá-los dentro de um arcabouço jurídico que permita uma aplicação hermenêutica de todos eles ou daqueles mais relevantes.

Esses valores, em última análise, são os que ditam o comportamento do homem em sociedade, o seu comportamento de convivência dentro de um Estado, entre os Estados e seus povos, considerando Estado na sua acepção *lato sensu*, e o comportamento no que tange ao modo de vida econômico.

³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo, SP: Saraiva, 1997.

Já com relação aos grupos de pressão, eles são as organizações sociais representativas, formais ou não e que procuram fazer com que as decisões do poder público ocorram de acordo com os interesses de determinada categoria social. Aqui, novamente verificamos que estes grupos de pressão são o que Hegel denominou de estamentos sociais e que se fazem representar legitimamente nas Assembléias Constituintes. A partir daí, se dá como resultado final o texto constitucional, que se bem conduzido deverá representar a mediação das vontades de todos os estamentos sociais, estejam eles formalmente representados na Assembléia Constituinte ou não.

Na formação do nosso texto constitucional de 1988 pudemos observar claramente como os grupos de pressão operaram para fazer valer os seus interesses. Nesse caso, vale lembrar do famoso "centrão" ou das pressões dos movimentos sociais, como os sindicatos e outros.

Uma das questões centrais que acabou se estabelecendo naquele momento foi o do equilíbrio entre Estado-Sociedade Civil como diz Ruy Mauro Marini⁴⁰:

O eixo dessa mobilização, a questão central a discutir, será, sem dúvida, o alcance e os limites da relação Estado-Sociedade Civil. Isso se deve ao cansaço provocado pelos vinte anos de estatismo desenfreado a que fomos submetidos, mas também a que em todo o mundo se assiste a um questionamento cada vez mais forte da sufocação da Sociedade Civil pelo Estado, que se impôs particularmente depois dos anos 30.

Em que pese estas considerações terem sido emitidas em um momento anterior à Constituição de 1988, ela continua atual, pois ainda hoje nós nos debatemos sobre qual o tamanho de Estado que devemos ter para dar efetividade, por exemplo, aos direitos sociais, se queremos um Estado intervencionista ou regulador. Particularmente entendemos que o Estado deve atuar como regulador, agindo diretamente em áreas como saúde, educação e segurança. No entanto esta discussão não é o centro deste trabalho e por isso não nos aprofundaremos nela, eis que se presta para uma outra tese.

⁴⁰ MARINI, Ruy Mauro. Possibilidades e limites da Assembléia Constituinte. In: *Constituinte e Democracia no Brasil Hoje*. Sader Emir (Org.). São Paulo, SP: Brasiliense, 1985. p. 26.

No que tange às exigências do bem comum, temos que este é um termo que pode apresentar diversas interpretações de acordo com a visão sociológica, filosófica, política, econômica ou jurídica de quem o utiliza. Especificamente neste âmbito do Direito Constitucional devemos vê-lo no sentido de bem geral ou bem público que é aquele não particularizável e que está na esfera do Direito Público. Ele serve a todos indistintamente e é de uso comum do povo. No Direito Administrativo temos como conceito em sentido amplo de bens públicos que “são todas as coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais”⁴¹. Cabe ao Estado desempenhar suas funções para estabelecer e manter a estabilidade social em todos os seus aspectos.

Sobre as limitações da opinião pública ela deve ser aqui interpretada como um ponto de vista sobre algum assunto político, social ou econômico da sociedade. Modernamente, este enfoque ganha mais importância e destaque em virtude das inovações tecnológicas e de comunicações que propiciam uma propagação rápida de opiniões e pontos de vista de pessoas ou grupos sobre determinado assunto ou fato, notadamente através da *internet*. Assim, a imprensa também possui um papel de destaque neste particular. No entanto é preciso ter cuidado porque muitas vezes as opiniões expressadas por veículos de comunicação de massa nem sempre refletem a opinião da sociedade, mas, não raras vezes, da própria empresa ou grupo de comunicação que visa pressionar setores do governo para buscar verbas publicitárias. De outra banda, ocorrem, também, situações onde opiniões que são propagadas via *internet* não representem parcela significativa da sociedade, mas de uma pessoa ou de pequeno grupo. Portanto, em se tratando de opiniões veiculadas pela imprensa ou pela *internet* faz-se necessária uma visão crítica de quem as recebe.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2000. p. 469.

3.2.2 Limites institucionais

As limitações institucionais são aquelas que trazem idéias de situações regulativas do convívio social e que buscam sempre como objetivo final o bem estar geral da sociedade. Possuem esta denominação porque se manifestam através de institutos sociológicos inseridos no tecido social.

No Título VIII da nossa Carta Magna de 88 que trata da Ordem Social podemos verificar que o legislador constituinte originário elencou temas importantes neste contexto que são, pela ordem, da seguridade social; da saúde; da previdência social; da assistência social; da educação, da cultura e do desporto; da ciência e tecnologia; da comunicação social; do meio ambiente; da família, da criança, do adolescente e do idoso e, por fim, dos índios. Tais assuntos restaram inseridos na Constituição, justamente porque eles são de extrema importância para a satisfação e o bem estar social.

3.2.3 Limites substanciais

É por fim, a última limitação ao Poder Constituinte Originário, assim definida porque, embora dirigida ao Poder material, reflete-se diretamente no Poder formal, eis que eles são momentos que se sucedem e se complementam e são aqueles que impedem a fixação de normas violadoras dos direitos fundamentais. A doutrina de Bulos⁴² e de Kildare Carvalho⁴³ os divide em transcendentais, imanentes e heterônomos, como segue:

a) **Limites Transcendentais** – São aqueles que provêm do Direito natural e de valores éticos superiores. É um princípio absoluto, como a dignidade da pessoa humana. Objetivam evitar o estabelecimento de normas violadoras das liberdades públicas. Esses limites advêm de imperativos éticos superiores e que estão inseridos em uma consciência jurídica coletiva.

⁴² BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*.

⁴³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2005.

b) **Limites imanentes** – São aqueles que impõem limites no sentido de não estabelecer normas que tendam à aniquilação do Estado, à abdicação de sua soberania ou à distorção de sua identidade. São questões relacionadas com a identidade do Estado e com o Poder Constituinte material. No caso, por exemplo, não se pode conceber uma inversão dos valores do Estado como um Estado federado que passe a ser unitário, que, em sendo soberano, admita perder esta soberania ou mesmo que, na ordem política, sendo democrático, admita um regime autoritário ou, na ordem social, que sendo um Estado que preserva os direitos fundamentais e sociais venha a aceitar a revogação destes, a não ser em estado de exceção constitucional.

c) **Limites heterônomos** – Ocorrem no plano do Direito Internacional e provêm da relação com outros Estados soberanos. O Poder Constituinte Originário não pode também deixar de prover a ordem jurídica de normas que protejam os estrangeiro e apátridas em seu território. São denominados heterônomos porque se referem a normas externas ao direito local, vinculando-se a atos e previsões do Direito Internacional e que regulam as relações externas do Estado, tais como pactos, acordos, convênios, responsabilidades e obrigações assumidas com a comunidade internacional.

Por fim, é importante salientar que Canotilho⁴⁴ aponta como primeira limitação do Poder Originário o fato de que ele é constituído apenas para conceber a Constituição, não podendo extrapolar este limite.

Assim, como podemos observar, embora não existam limitações de ordem de direito interno ao Poder Constituinte Originário, ele está adstrito a normas supralegais e internacionais que refletem o “espírito do mundo”, ou seja, aquilo que é aceitável nas relações internacionais de convivência entre Estados soberanos e do Direito natural e garantias fundamentais da dignidade da pessoa humana.

O Estado neófito que pretenda inserir-se em uma ordem internacional deverá, obrigatoriamente, observar estas questões para que possa obter reconhecimento da comunidade internacional, reconhecimento este que é imperativo para que o Estado seja aceito como tal e que exista efetivamente, eis que não basta simplesmente se auto-proclamar como Estado, mas é preciso que assim o seja declarado.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

3.3 O PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

Segundo a lição de Canotilho⁴⁵, as constituições são sistemas orgânicos que estarão sempre abertos à evolução, pois, tendo em vista a natureza evolutiva do mundo e da humanidade, não seria suportável a idéia de um sistema imutável e que não atendesse ao necessário acompanhamento evolutivo.

Daí depreende-se que o próprio Poder Constituinte Originário deve prever mecanismos que permitam a modificação e a atualização das constituições. A esta possibilidade de alteração do texto constitucional alguns doutrinadores dão o nome de Poder Constituinte Reformador, mas também encontramos denominações como Poder Constituinte Derivado, Secundário, Instituído, Constituído, de Segundo Grau e de Reforma.

Filiamo-nos à corrente de Nelson de Souza Sampaio, Walber de Moura Agra e outros que preferem a denominação Poder Reformador, porque entendemos ser a mais adequada para definir a reforma da Constituição como gênero e a diferenciar das espécies de reforma que abordaremos mais adiante e que estão previstas em nossa Constituição, que são a revisão e a Emenda Constitucional e, também, porque entendemos que derivado é uma das características do Poder Reformador. Além disso, o Poder Reformador foi criado pelo Poder Constituinte Originário e está situado hierarquicamente entre este e os demais poderes constituídos, podendo modificá-los sem, contudo, ser modificado por eles.

Assim, podemos depreender que a rigidez constitucional é relativa, pois o próprio Constituinte Originário prevê situações que permitem a alteração da Carta Magna para adequar-se às novas necessidades políticas e sociais que sobrevêm com o tempo.

O Poder Reformador é um poder limitado pela sua própria natureza, pois sempre está adstrito ao Direito positivo instituído pela ordem constitucional vigente. Somente é possível se falar em Poder Reformador em sistemas de Constituição rígida, onde é exigido um procedimento especial, previsto no próprio texto que o autoriza.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

3.3.1 Titularidade do Poder Reformador

A titularidade do Poder Reformador, originariamente, é do povo⁴⁶, que elege os seus representantes e delega a titularidade do seu exercício ao Poder Legislativo que exerce a função reformadora e também a função legislativa. A função reformadora provém do Poder Reformador, enquanto que a função legislativa é proveniente do Poder Legislativo, cada uma delas com fundamentos jurídicos específicos e distintos.

Alguns doutrinadores alegam que o exercício destas duas funções pelo Poder Legislativo propicia uma alta concentração de poder nesta instância. Em tese, entendemos não ocorrer essa concentração, primeiro porque no nosso sistema presidencialista, historicamente, a concentração de poder se dá no Poder Executivo onde o Presidente exerce funções de Chefe de Estado e de Governo, além de também legislar por Medidas Provisórias e Decretos. Em segundo lugar porque o procedimento rígido que é necessário para se alterar a Constituição e o *quorum* qualificado que é exigido dificulta ou deveria dificultar alterações freqüentes no texto. Infelizmente este procedimento rígido é um fator que, no caso brasileiro, não tem se mostrado suficiente para limitar as alterações, haja vista o grande número de emendas que nossa Carta vem sofrendo.

Convém ressaltar que o *quorum* exigido para que uma emenda seja aprovada no Brasil é de 3/5 de votos no Senado e na Câmara. Em tese, como a Câmara é a representação do povo e que ali estão representados todos ou a maioria dos grupos sociais do país, ou no dizer de Hegel dos estamentos sociais, se uma emenda obtém o número de votos necessário para ser aprovada ela estaria sendo aprovada, também, pela maioria da sociedade.

O mesmo se diga em relação ao Senado que é a representação dos Estados federados. No entanto, esta afirmação nem sempre pode ser tomada como verdadeira, isto porque os parlamentares ficam susceptíveis às pressões do Poder Executivo, do poder econômico e da mídia, principalmente, o que deturpa

⁴⁶ Entendemos como povo a concepção de Hegel para quem "El pueblo es, enquanto estado, el espíritu en su racionalidad sustancial y en su realidad, y por lo tanto el poder absoluto sobre la tierra. In: HEGEL, G. W. Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Barcelona, Espanha: Edhasa, 1988. p. 414.

consideravelmente a legitimidade da representação. Por último, a justificar que não ocorre excesso de concentração de poder no âmbito do legislativo está o controle de constitucionalidade que é exercido *a posteriori* pelo Poder Judiciário.

O Processo Legislativo pode ser modificado pelo Poder Reformador, mas não pode ser modificado por ele. O Poder Reformador é o único que pode modificar a Constituição, desde que observe as limitações que foram dadas pelo Poder Constituinte Originário.

Ainda sobre este tema temos a obra de Müller, intitulada Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo, à qual merece referência por sua pertinência e adequação ao tema em debate⁴⁷.

3.3.2 Natureza do Poder Reformador

O Poder Reformador possui natureza distinta do seu criador, o Poder Constituinte Originário. Se este possui natureza sociológica, porque sua origem se dá com bases em fatos sociais e porque antes dele não há nenhuma norma jurídica, aquele tem natureza jurídica porque é um poder constituído e formulado dentro de normativas jurídicas.

Embora alguns autores afirmem que o Poder Reformador é o próprio Poder Constituinte Originário que permanece constantemente se manifestando em sua criação, a Constituição, a maioria da doutrina entende ser ele um poder constituído que pode alterar a Constituição, que edita normas que, portanto, possuem força de norma constitucional, mas que é limitado segundo as regras e procedimentos estabelecidos no próprio texto constitucional.

Assim, se o Poder Reformador tem a função de modificar a Constituição, que é um texto jurídico, com conotações políticas e dentro das regras impostas pelo Poder Constituinte Originário, então sua natureza não pode ser outra senão jurídica. O Poder Reformador, então deriva da norma jurídica, a Constituição, podendo reformulá-la, mas não excedendo o limite da sua juridicidade. Nessa linha de entendimento encontramos autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho e outros.

⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2004.

3.3.3 Características do Poder Reformador

Algumas são as características do Poder Reformador e que demonstram onde e como ele age e em que extensão. Este ponto não apresenta divergências na doutrina, exceto por algumas questões semânticas, mas que não chegam a alterar o significado do tema.

Portanto, são características do Poder Reformador o seu caráter derivado, a sua limitação, a sua subordinação e o seu caráter jurídico, como explicitado a seguir:

a) É um poder derivado porque decorre da vontade do Poder Constituinte Originário e é criado por ele. Sua inserção no mundo jurídico se dá pela validação efetuada pelas normas constitucionais e sua extensão, competência e adequação aos valores da Constituição ocorrem pelos ditames do texto da Carta Magna;

b) é um poder subordinado ao Poder Constituinte Originário porque submetido às normas e limites previstos no texto constitucional, os quais não pode violar, sob pena de inconstitucionalidade. Este detalhe, de ser um poder subordinado, não lhe diminui o caráter de poder que possui, apenas que é um poder que deve atuar dentro dos ditames que o Texto Magno lhe impõe;

c) é um poder condicionado ou limitado metajuridicamente e juridicamente porque deve sempre seguir as normas plasmadas na Constituição. As limitações são impostas por um Poder Constituinte Originário, e somente por outro Poder Originário é que podem ser modificadas, mas havendo o respeito a estas limitações o Poder Reformador pode manifestar-se sem restrições;

d) é, por fim, um Poder Jurídico, porque é previsto pelo direito positivo e exercido, obrigatoriamente, dentro dos ditames deste direito e passível de controle jurisdicional.

3.3.4 Limites ao Poder de Reforma

Inicialmente é preciso sempre ter em vista que o Poder de Reforma da Constituição ou Poder Constituinte Derivado é um poder que já nasceu com limitações, eis que assim ele é posto pelo Poder Constituinte Originário e a ele está

subordinado. O Poder Reformador não pode tudo e, assim, nem tudo que lhe é solicitado pode ser atendido e se o for poderá ser considerado como inconstitucional.

A doutrina classifica, normalmente, as limitações ao Poder Constituinte Derivado em quatro grandes grupos, a saber:

a) **Limitações Temporais** – Consiste em normas proibitivas de alteração do texto da Constituição por determinado lapso temporal e se justificam para que o *novel* texto possa passar pelo período de amadurecimento e estabilização perante a sociedade e para que as instituições constitucionais alcancem estabilidade.

Assim deve ser porque quando uma nova Constituição é editada, ela reestrutura todo o ordenamento jurídico do país e para que esta reestruturação alcance efetividade é necessário um interregno de tempo para que a sociedade possa assimilar as mudanças. Com o passar do tempo a população vai conhecer e aceitar as novas regras, o que evita instabilidade jurídica, pois a Constituição vai alcançando maior eficácia normativa, evitando, dessa maneira afronta às suas disposições.

Foi assim com a Constituição do Império editada em 1824, que preceituava em seu art. 174 a vedação de alteração do seu texto nos quatro anos subseqüentes à sua entrada em vigor. No entanto as demais Constituições pátrias não seguiram esta regra, até porque a revisão constitucional, que era prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF de 1988, não pode ser tida como limitação temporal.

Outro exemplo de limitação temporal é a Constituição portuguesa de 1976 que estabeleceu, em sua versão originária, um período de quatro anos em que não seriam admitidas alterações e de cinco anos para revisões ordinárias, mas admitiu a revisão extraordinária em qualquer momento, desde que satisfeita a exigência do *quórum* qualificadíssimo de 4/5.

Esta previsão da Constituição portuguesa é apontada por J.J. Gomes Canotilho como “um exemplo típico da necessidade de conciliação da flexibilidade exigível a um texto constitucional com a solidificação da legalidade democrática”⁴⁸. Por fim, podemos dizer que as limitações temporais contribuem para o fortalecimento da Constituição.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1062.

b) **Limitações Circunstanciais** – São proibições de alteração do texto da Constituição quando se verificarem no país determinadas situações excepcionais que possam influenciar a livre manifestação da reforma.

Em nossa Carta Magna estas limitações estão expressas no art. 60, § 1º e impedem alterações do texto constitucional durante vigência de intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa e elas começaram a ser encontradas nas constituições brasileiras a partir de 1934. Uma alteração do texto constitucional durante uma destas situações poderia ensejar oportunidade de ataque às instituições e fragilização da democracia e das liberdades individuais.

Nesta mesma simetria, a partir de 5 de outubro de 1989, todas as Constituições Estaduais trouxeram o mesmo dispositivo do art. 60, § 1º da CF/88, sendo que apenas a Constituição de São Paulo restou silente a respeito da intervenção federal. As limitações circunstanciais inscritas nos textos constitucionais dependem muito do momento histórico-político-sociológico-econômico de cada país e, como tal, refletem esse momento.

Estas vedações são impostas porque em tais casos inexitem dois requisitos básicos para modificações do texto constitucional, quais sejam, como diz o Prof. Uadi Lammêgo Bulos⁴⁹, a serenidade e a ponderação. Para que sejam possíveis modificações constitucionais é necessário que o país esteja em plena normalidade jurídica e política.

A doutrina de Canotilho aponta neste mesmo rumo quando leciona que:

A história ensina que certas circunstâncias excepcionais (estado de guerra, estado de sítio, estado de emergência) podem constituir ocasiões favoráveis à imposição de alterações constitucionais, limitando a liberdade de deliberação do órgão representativo⁵⁰.

A intervenção federal prevista em nossa CF 88 é uma exceção ao princípio da autonomia dos Estados federados e, conseqüentemente interfere no equilíbrio da federação. Ela está prevista no art. 34, incisos I a VII, nos Estados e art. 35, incisos I

⁴⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. p. 35.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1063.

a IV, nos Municípios, e restringe-se somente à intervenção praticada pela União nos Estados, excluindo-se daí a dos Estados nos Municípios como segue⁵¹:

DA INTERVENÇÃO

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

- I - manter a integridade nacional;
- II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;
- III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;
- IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;
- V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:
 - a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
 - b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;
- VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
- VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
 - a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
 - b) direitos da pessoa humana;
 - c) autonomia municipal;
 - d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
 - e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde⁵².

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

- I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;
- II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;
- III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde⁵³;
- IV - o Tribunal de Justiça der provimento à representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

O estado de sítio tem por finalidade impor restrições aos direitos fundamentais para garantir as instituições democráticas. Esta é uma medida extrema e, por mais paradoxal que possa parecer, ela busca a garantia do direito coletivo e da democracia em detrimento dos direitos individuais, eis que estes, em situações excepcionais, são menores ante o coletivo. O que se constitui em estado de legalidade de exceção.

⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

⁵² Redação dada pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.

⁵³ *Ibidem*.

Sobre o estado de sítio ensina José Afonso da Silva⁵⁴:

O estado de sítio consiste, pois, na instauração de uma legalidade extraordinária, por determinado tempo e em certa área (que poderá ser o território nacional inteiro), objetivando preservar ou restaurar a normalidade constitucional, perturbada por motivo de comoção grave de repercussão nacional ou por situação de beligerância com estado estrangeiro. A aplicação de medidas coercitivas e a suspensão de direitos e garantias constitucionais são apenas meios para a consecução de seus objetivos.

O estado de sítio está previsto na CF 88 nos artigos 137 a 139, como seguem:

DO ESTADO DE SÍTIO

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

- I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;
- II - declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

§ 1º - O estado de sítio, no caso do art. 137, I, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no do inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

§ 2º - Solicitada autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato.

§ 3º - O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

- I - obrigação de permanência em localidade determinada;
- II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
- III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2000. p. 746.

- IV - suspensão da liberdade de reunião;
- V - busca e apreensão em domicílio;
- VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;
- VII - requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa⁵⁵.

O estado de defesa foi inspirado no estado de defesa português e funciona quase que como um estado de sítio, apênas que mitigado e visa restabelecer ou preservar em locais restritos e determinados a normalidade social. Pode ser decretado pelo Presidente, ouvido o Conselho da República e após ser submetido ao Congresso Nacional, que decidirá pelo *quorum* de maioria absoluta. Está previsto em nossa Carta Magna no artigo 136, como se colaciona a seguir⁵⁶:

DO ESTADO DE DEFESA

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º - O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

§ 3º - Na vigência do estado de defesa:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II - a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

IV - é vedada a incomunicabilidade do preso.

⁵⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

⁵⁶ *Ibidem*.

§ 4º - Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

§ 5º - Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias.

§ 6º - O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.

§ 7º - Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.

Tanto o estado de sítio, como o de defesa tem as extensões limitadas e devem obediência ao estado democrático de direito, premissa maior a ser respeitada. Como exemplos de outras Constituições que trazem as limitações circunstanciais, podemos citar a do Egito de 1930, a do Japão de 1889 e a da Sérvia de 1903.

c) **Limitações Processuais ou Formais** – Não se trata propriamente de limitação, mas de restrições ou requisitos que são impostos ao exercício do Poder Derivado, eis que nas constituições rígidas, diferentemente das flexíveis, este processo deve ser mais difícil do que o de edição de leis ordinárias.

Estas ditas limitações vinculam o poder de reforma a determinados procedimentos que são típicos das constituições rígidas, onde a supremacia formal é exatamente a maior dificuldade para alterações no seu texto, o que dá maior estabilidade ao sistema político-jurídico.

A previsão destes procedimentos está em nossa CF no seu art. 60, incisos I, II e III, combinados com os parágrafos 2º e 5º, como seguem⁵⁷:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

[...]

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

[...]

⁵⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Ao fim e ao cabo, para sintetizar o que são as limitações formais, podemos utilizar o pensamento de José Afonso da Silva⁵⁸ quando diz:

Esse tipo de regramento da atuação do poder de reforma configura limitações formais, que podem ser assim sinteticamente enunciadas: o órgão do poder de reforma (ou seja, o Congresso Nacional) há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição.

d) Limitações Materiais – São limitações em função de matérias que podem ou não ser alteradas. Tal limitação tem por fim evitar que a reforma atente contra a unidade fundamental da Constituição e a sua identidade, assegurando a sua integridade.

A doutrina classifica, ainda, as limitações materiais em explícitas ou expressas e em implícitas ou tácitas como passaremos a ver:

i) Limites explícitos – São os limites expressos na Constituição e que são denominados como cláusulas pétreas ou como é definido pela doutrina espanhola cláusulas de intangibilidade e constituem o “núcleo inalterável da Constituição”⁵⁹.

Este é o núcleo imutável da Constituição e, portanto, o poder reformador está impedido de propor qualquer alteração que lhe atinja.

Historicamente as primeiras limitações materiais explícitas apareceram nas Constituições brasileiras, a partir do texto de 1891, quando estava prevista a proibição de abolir a forma de governo republicano e a igualdade de representação no Senado. Esta igualdade representativa, na verdade, tinha como fulcro a garantia da forma federativa, eis que propiciava aos Estados-membros da federação uma representação igualitária e foi inspirada na Constituição norte-americana que possui como cláusula pétrea a igualdade de senadores e não a federação.

Assim, as primeiras cláusulas pétreas previstas nos textos constitucionais brasileiros foram a da República e a da forma Federativa de governo. Este núcleo

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 67.

⁵⁹ PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 3. São Paulo, SP: Saraiva, 1992.

imutável da Carta Magna constitui-se na sua essência e contém os princípios estruturantes de todo o sistema jurídico que ela constrói.

Podemos dizer que, axiologicamente, ele é superior as demais normas da Constituição e qualquer tentativa de alteração do seu texto desencadeia o controle de constitucionalidade direto ou difuso. Esta impossibilidade de alterar a Constituição no seu cerne pétreo, em confronto com a necessidade de alterações em virtude de circunstâncias momentâneas, por interesses de setores econômicos ou políticos ou por vontade dos detentores eventuais do poder, não raras vezes ocasiona tensões políticas e sociais.

No nosso texto constitucional de 1988 as cláusulas pétreas estão inseridas no artigo 60, § 4º, como segue⁶⁰:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

No que tange à forma federativa, como já dissemos supra, ela apareceu como cláusula pétrea pela primeira vez em 1891, mas também esteve presente no texto de 1946 e na Emenda Constitucional de 1969. Ela define todo o arcabouço estrutural do sistema federativo de governo e do poder no país, definindo as competências dos Estados-membros em relação à União e vice-versa. Trata, também, da relação entre os Estados e também destes e da União para com os Municípios, vez que estes, na CF 88, foram alçados a categoria de entes federados.

Assim, qualquer tentativa de diminuir as competências outorgadas aos Estados ou aos Municípios afigura-se como inconstitucionais por ferirem o art. 60, § 4º, I da CF. Entendemos que estas tentativas assim o são mesmo que de forma indireta. Por conseguinte, a constante centralização de recursos tributários na União e a criação de tributos não compartilhados com Estados e Municípios e a crescente

⁶⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

descentralização de serviços para estes é um atentado indireto a forma federativa de governo e fere o art. 60, § 4º, I da Constituição, isto porque a diminuição de recursos para os Estados e Municípios, além de causar graves prejuízos à população, impede, indiretamente, o exercício pleno das competências atribuídas constitucionalmente a estes entes federados.

Este aspecto que deve ser enfrentado seriamente para de realizar uma revisão no pacto federativo porque hoje o que observamos é uma concentração cada vez maior de receitas- na União, através da criação de tributos não compartilhados com os demais entes, como CPMF, PIS, COFINS e outros e no sentido inverso uma desconcentração crescente dos serviços públicos para os Estados e Municípios, que ficam com a parte menor do bolo tributário.

Em 1991 a carga tributária brasileira era de 26% e em 2005 ela representou 38,9% do PIB, o que representa um aumento no período de cerca de 50%. Em contrapartida a distribuição do arrecadado em 2005 foi de 15,9% para os municípios, 24,1% para os Estados e 60% para a União⁶¹.

Já o voto direto, secreto e universal aparece na categoria de cláusula pétrea pela primeira vez e, seguramente, foi inserido como tal pelo legislador constituinte originário com o propósito de não mais correr o risco de que o país venha a sofrer com a falta de democracia que assolou a nação nos últimos 30 anos antes de 1988 e, também, para garantir e solidificar a soberania popular através do sufrágio universal. O fato de o voto ser secreto garante a plena liberdade de escolha, deixando o cidadão livre de pressões e não sujeito à retaliações em virtude de sua escolha política. No entanto, o Brasil ainda sofre com o atrelamento do voto pelas elites econômicas e pelos currais eleitorais, principalmente no nordeste onde o povo é, ainda, menos culto e mais pobre. Porém esta é uma situação que, aos poucos, tende a mudar, na medida em que o grau de instrução melhora e que a consciência política se desenvolve. A situação atual é seguramente bem melhor que há vinte anos atrás, na promulgação da Constituição, quando o Brasil saía de um longo jejum democrático e que as pessoas eram perseguidas apenas por suas opções políticas e não tinham sequer maior possibilidade de escolha, eis que o regime impunha o bipartidarismo.

⁶¹ Cf. Confederação Nacional de Municípios. In: *Revista Época*, n. 413, p. 101, 17 abr. 2006.

A separação dos poderes, assim como a forma federativa de governo, também apareceu pela primeira vez no Brasil na Constituição de 1891, depois na de 1946 e na Emenda Constitucional de 1969, ela tem por finalidade vital a formação de governos autoritários e despóticos que concentrem exageradamente poder na mão de um único governante. Assim ela prevê a harmonia e independência entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, onde cada um exerce a sua função, respectivamente, de administrar, de legislar e de judiciar.

No entanto, devido à complexidade das relações sociais e de governo, estas funções restam sendo exercidas pelos três poderes, apenas que cada um exerce a sua precipuamente e as demais residualmente. Porém no regime presidencialista que vige no Brasil, há uma concentração exacerbada de poder no chefe do Poder Executivo e assim a ele resta interferir no Poder Legislativo e até no Poder Judiciário de maneira indireta e subliminar através de influências políticas. No caso do Presidente da República esta concentração fica mais evidente pelo fato de ele ser Chefe de Governo e Chefe de Estado, pelo fato de poder editar Medidas Provisórias e de possuir atribuição de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, a última cláusula pétrea é a que garante os direitos e garantias individuais. Na CF 88 estes direitos estão consubstanciados no art. 5º, ou seja, no início do texto constitucional, diferentemente dos textos anteriores onde apareciam ao final e ali estão justamente para demonstrar a importância que o legislador constituinte originário lhe quis atribuir. Os direitos e garantias individuais têm ganhado importância desde a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Uma questão que não se pode deixar de avaliar, mesmo que este não seja o objetivo deste trabalho é a que diz respeito à extensão dos direitos e garantias individuais. Embora uma parte da doutrina entenda que estes direitos são apenas aqueles contidos no art. 5º, como é o caso de Ives Gandra, nos alinhamos a outra que defende que os direitos e garantias individuais previstos no art. 5º são exemplificativos e que, portanto, todos os demais dispostos em sede da Constituição também se constituem em cláusulas pétreas, até porque assim dispõe o § 2º do art. 5º da CF 88.

Outra questão a ser vista é se a proteção das cláusulas pétreas atinge somente aos direitos e garantias individuais ou se estende aos coletivos.

Entendemos, assim como o Prof. Walber de Moura Agra⁶², que ela compreende também os direitos coletivos porque se abrange todos os direitos previstos na Constituição, também abrangerá os direitos coletivos.

Outros exemplos de Constituições que trazem limitações expressas são a Carta de Rheinlande-Pfalz de 1947; da Albânia de 1925; da França de 1946; de Württemberg-Baden de 1946; da Turquia de 1961; da Itália de 1947; da Grécia de 1951 e de Portugal de 1976.

ii) **Limites Implícitos** - estes limites materiais implícitos são incidentes em artigos da Constituição e também integram o núcleo imutável da Carta Magna. Eles diferem dos limites materiais explícitos porque não estão contidos expressamente, mas igualmente como aqueles a única forma de modificá-los é através da instituição de um no Poder Constituinte Originário.

Sua finalidade é a de proteger as cláusulas pétreas explícitas e, por conseguinte, contribuir para a manutenção da integridade do texto constitucional, garantindo, assim, a defesa do "espírito da Constituição". Desta maneira elas possuem uma finalidade jurídica e não metajurídica como defendem alguns.

O Prof. Walber de Moura Agra⁶³ defende que para se averiguar se uma Constituição possui cláusulas materiais implícitas, basta verificar se ela tem cláusulas explícitas. Caso contenha estas, também conterà aquelas.

A doutrina se divide entre os que negam a existência das cláusulas implícitas e os que as admitem, dentre estes podemos citar o próprio Walber de Moura Agra, Uadi Lammêgo Bulos, Pinto Ferreira, Nelson de Souza Sampaio, Paulo Bonavides, Michel Temer, José Afonso da Silva e outros. Particularmente nos alinhamos à corrente dos nobres constitucionalistas supracitados, que admitem a existência destas cláusulas materiais implícitas.

Ainda, segundo a doutrina de Nelson de Souza Sampaio⁶⁴, as limitações implícitas podem ser divididas em i.1) As que se referem aos direitos e garantias fundamentais que foram positivados expressamente no texto constitucional e que se tornaram indispensáveis para a vida da sociedade contemporânea e que procuram assegurar as condições básicas mínimas para a existência do cidadão; ii.2) As que

⁶² AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. p. 175.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. Salvador: Progresso, 1954, p. 92-107.

dizem respeito à titularidade do Poder Reformador, eis que este não pode ser renunciado pelo próprio povo e que a soberania popular é inalienável, além de não poder dispor do que não lhe foi atribuído pelo Poder Constituinte Originário; elas tratam da titularidade do Poder Originário e do Reformador que propiciam a criação ou modificação de uma Carta Magna. Normalmente estas normas não são encontradas nos textos das Constituições, mas de maneira subentendida, em disposições genéricas ou em preâmbulos. Na nossa CF 88 é o caso da previsão do parágrafo único do art. 1º, que diz: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"; ii.3) As relativas ao titular do Poder Reformador, vez que este não pode renunciar à sua competência em favor de qualquer outro órgão e não pode delegar as suas atribuições, já que foram atribuídas para o exercício próprio, sendo, portanto, irrenunciáveis e indelegáveis e ii.4) As que tratam do processo da emenda e da revisão constitucional que também defendem as titularidades previstas no item ii.2 e, além disso, buscam prevenir as constantes modificações do texto, protegendo as limitações materiais explícitas, não podendo o Poder Reformador simplificar as normas que a Constituição prevê para a elaboração e edição de leis.

Ainda na esteira das limitações ao Poder de Reforma da Constituição encontramos as chamadas limitações espirituais ou ideológicas⁶⁵ que são as que impedem que o Estado venha a criar leis que atentem contra os valores da comunidade, ficando, assim o Poder Constituinte Reformador limitado às crenças, aos valores e aos hábitos do povo. Aqui vemos que o Poder Reformador também está adstrito ao "espírito do povo", preconizado por Hegel e que já tratamos no Capítulo I deste trabalho. Essas limitações também são aplicáveis ao Poder Constituinte Originário.

3.5 PODER CONSTITUINTE DECORRENTE

O Poder Constituinte Decorrente é aquele atribuído aos Estados-Membros para que estes se organizem por meio de suas constituições, respeitados os limites

⁶⁵ SERPA, José Hermílio Ribeiro. *Direito Constitucional Interdisciplinar*. Porto Alegre, RS: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 53.

impostos pela Carta Federal, trata-se de um poder autônomo eis que possibilita que uma coletividade possa se auto-organizar para se dar uma Constituição.

Como características do Poder Constituinte Decorrente, podemos dizer que é um poder derivado porque provém do inicial; subordinado porque tem limitações que lhe são impostas e condicionado porque está vinculado às normas impostas pela Constituição Federal.

Embora os Estados-Membros possuam autonomia, a natureza jurídica do Poder Constituinte Decorrente não é originária, é derivada porque deve observar os ditames constitucionais do todo maior, ou seja, o Estado Nacional.

Ele é o responsável pela elaboração das Constituições Estaduais e também pela reforma das mesmas. Assim ele pode ser:

a) **Inicial**, que pode também ser denominado de instituidor ou institucionalizador, isto porque, em função de uma delegação do Poder Constituinte Originário, a ele cabe a função de estabelecer a organização política fundamental do Estado-Membro para que este possa ter forma federativa, ou seja, o Poder Constituinte Originário prevê que o Estado-Membro se auto-organize. Na Carta de 1988 esta competência foi prevista pelo art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabeleceu o prazo de um ano a contar da promulgação da Constituição da República.

b) **Revisional estadual**, também chamado de Poder Constituinte Decorrente de Segundo Grau, destina-se a reformar e rever a Constituição do Estado-Membro, sempre dentro dos limites impostos pela Carta Federal e pela própria Carta Estadual.

Evidentemente, o Poder Decorrente só ocorre nos Estados que se organizam em federação. Neste aspecto, podemos falar em Poder Decorrente também no nível municipal, eis que os Municípios foram elevados pela Constituição de 1988 à categoria de ente federado, como dissemos na obra *Guia do Administrador Municipal*⁶⁶, da qual somos co-autores e que segue:

No Brasil, o Município é entidade político-administrativa de terceiro grau, na ordem descendente da Federação Brasileira.

⁶⁶ FAMURS (Org.). Diversos autores. *Guia do Administrador Municipal: orientações e procedimentos para uma gestão eficiente*. Porto Alegre, RS: Mercado Aberto/FAMURS, 2001. p. 196.

É de sua competência deliberar e executar todas as medidas de seu interesse; relacionar-se diretamente com todos os Poderes; manifestar-se livremente sobre os problemas nacionais; eleger seus Poderes Executivos e Legislativos e buscar fontes de arrecadação que lhes permitam prover os serviços locais.

[...]

A autonomia política, administrativa e financeira estabelece-se com a edição da Lei Orgânica que deve ser votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, a quem compete promulgá-la.

[...]

No exercício das atribuições que lhe conferem autonomia, o Município atua igualmente à União e ao Estado, sujeitando-se tão somente à Constituição da República e do Estado.

Assim o Poder Constituinte Decorrente se manifesta também no âmbito municipal, eis que aos Municípios compete a elaboração e reforma das suas Leis Orgânicas, espécies de constituintes municipais que apenas possuem um raio de ação menor e que estão sujeitas às Constituições Federais e Estaduais.

3.6 A CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA

A reforma constitucional está sujeita ao controle de constitucionalidade da mesma forma que as normas infraconstitucionais, isto porque ela não é soberana e advém do Poder Constituinte Derivado e não do Originário, tendo, portanto poderes limitados.

A reforma que atente contra os princípios da Constituição, explícitos ou implícitos será inconstitucional e poderá ser *formal* ou *material* e estará sujeita ao controle exercido pelo Poder Judiciário. A inconstitucionalidade será formal quando atentar contra as formalidades ou procedimentos previstos na Constituição ou quando advierem de autoridades incompetentes para promaná-las.

Será inconstitucionalidade *material* quando o seu conteúdo atentar contra preceito ou princípio da Constituição. Os vícios, neste caso não se relacionam à forma, mas ao conteúdo da reforma e, caso isto ocorra, o ato poderá ser declarado inconstitucional não somente pelo conteúdo contrário à Constituição, mas, também, por desvio ou excesso de Poder Legislativo. A discussão que se estabelece é a amplitude que este controle exerce sobre a reforma constitucional.

Quanto à inconstitucionalidade *formal* não há maiores problemas em estabelecê-la, pois qualquer reforma que não observe os preceitos e trâmites previstos no texto da Carta Magna será inconstitucional. Assim, qualquer reforma que não observe aspectos como iniciativa, *quorum*, votação, interstício, entre outros será manifestamente inconstitucional.

O problema maior está quando o controle é sobre conteúdo da reforma ou sobre o seu aspecto material. Aí, preliminarmente é necessário que se verifique se existem vedações expressas no texto da Constituição ou se ela resta silente sobre o caso concreto.

Entendemos não haver maiores problemas quando existem proibições expressas na Constituição, o que define claramente os limites impostos e os aspectos que devem ser controlados. Maior problema é quando o controle deverá se efetuar sobre limitações implícitas, inerentes, tácitas ou imanes do Poder Reformador, caso em que inexistem limitações expressas ditadas pelo Poder Constituinte Originário. Em vários países se admite o controle de constitucionalidade sobre limitações implícitas.

José Afonso da Silva aponta que no Brasil não se tem exemplo desse controle sobre as emendas que desrespeitam limitações implícitas e que deriva disto a tendência de se ampliar as matérias insusceptíveis de Emendas Constitucionais, tal como fez a Constituição portuguesa e a nossa de 1988⁶⁷.

No mesmo sentido encontramos o magistério do argentino Linares Quintana que diz não ser possível que nenhuma reforma afete os princípios fundamentais que norteiam a Nação, ou será inválida e que o órgão jurisdicional, como guarda da Constituição, tem competência para declarar a inconstitucionalidade de emenda que fira princípio implícito⁶⁸.

Assim, portanto, admite-se o controle de constitucionalidade de limitações implícitas de reforma que atente contra os direitos fundamentais, a titularidade do Poder Constituinte e do Poder Reformador e as disposições que regulam o processo de emenda ou da revisão constitucional.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 70.

⁶⁸ QUINTANA, Linares. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional apud* BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. p. 162.

Na seara do controle de constitucionalidade temos, ainda, a doutrina de Otto Bachof que faz investigação acerca das Normas Constitucionais Inconstitucionais, na obra do mesmo nome e que passaremos a expor⁶⁹.

O autor faz análise sobre as diferentes possibilidades de normas constitucionais inconstitucionais (inválidas) e diz que a infração da Constituição escrita (formal) e do Direito Constitucional material não escrito para a invalidade de uma norma jurídica, em consequência da infração de uma norma constitucional formal (embora, na maior parte dos casos, este seja simultaneamente material), não importa saber se ela é e até onde esta norma constitucional representa ao mesmo tempo Direito Constitucional material.

A primeira espécie é violação no sistema de Bachof é a da Constituição escrita que é a inconstitucionalidade por violação do Direito Constitucional escrito (formal) onde temos a inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais; a inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição; a inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior; a inconstitucionalidade resultante da “*mudança de natureza*” de normas constitucionais, cessação da vigência sem disposição expressa e a inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na Lei Constitucional como segue:

a) Inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais

A validade de uma Constituição, como regra se relaciona à legitimidade. Faria pouco sentido saber se uma Constituição foi feita de acordo com os preceitos da Constituição antes em vigor (caso brasileiro). Entretanto há casos em que tal controle de legalidade tem importância como quando o texto constitucional torna a vigência dependente de condições. Para exemplo desta situação podemos citar a ratificação pelos Estados federados do texto constitucional ou mesmo o plebiscito para um determinado dispositivo.

O processo constituinte estabelecido por leis pré-constitucionais ocorre somente se e enquanto os constituintes reconhecerem as leis pré-constitucionais como obrigatórias, caso em que uma norma constitucional poderá ser considerada inválida diante dessa condição de validade.

⁶⁹ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra, Portugal: Atlântida, 1977.

b) Inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição

A infração formal é a inobservância das disposições processuais prescritas para a alteração da Constituição e a infração material é a violação das cláusulas pétreas.

A legitimidade de uma Constituição não significa que esta tenha de ser produzida de acordo com a anterior porque os preceitos de uma Constituição somente podem obrigar o poder constituído e nunca o Poder Constituinte. Neste particular diz Otto Bachof de sua obra citada⁷⁰:

se uma alteração da Constituição, apesar da 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 infração de direito suprapositivo, então o novo direito ter-se-á tornado ele próprio, daí em diante, Direito Constitucional vigente.

Como exemplo desta situação o autor cita a lei de autorização do Terceiro Reich (ilegitimidade não formal, mas por violação dos mais elementares princípios do Estado de direito).

c) Inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior

Uma norma criada pelo Poder Constituinte Originário pode ser inconstitucional? Sobre esta questão Bachof afirma:⁷¹

[...] poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição: [...] no caso de semelhante contradição, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida.

⁷⁰ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra, Portugal: Atlântida, 1977. p. 53.

⁷¹ *Ibidem.*, p. 55.

As exceções constitucionais aos preceitos da própria Constituição não podem “infringir simultaneamente uma norma de direito supralegal, em especial, a proibição do arbítrio imanente a qualquer ordem jurídica”.

d) Inconstitucionalidade resultante da ‘mudança de natureza’ de normas constitucionais. Cessaçãõ da vigência sem disposiçãõ expressa

Aqui, Bachof trata da possibilidade de uma mudança de natureza de uma norma da Constituição vir a constituir-se em norma inconstitucional. Isto se daria no caso, por exemplo, com a transformação de uma norma transitória em permanente, após o cumprimento do pressuposto de transitoriedade, e argúi o autor:

[...] em vista da particular missão de integração da ordem constitucional, será lícito admitir também como possível que normas singulares da Constituição se tornem automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em consequência da mudança da situação real, já não puderem cumprir a sua função integradora, e porventura comecem até a desempenhar uma função desintegradora⁷².

O exemplo trazido para o caso é se o legislador federal alemão tivesse decidido não editar a lei do art. 131, 3º período da Lei fundamental alemã, o autor não teria dúvida em considerar finda a vigência do preceito-travão, embora não esteja expressamente determinado (o VGH de *Württemberg-Baden – Tribunal Administrativo* – entende que a cessação da vigência não se confunde com eventual inconstitucionalidade, o que não altera o debate acerca da validade da norma).

e) Inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na Lei Constitucional

Como já afirmamos no início deste trabalho o Poder Constituinte Originário está adstrito, entre outras limitações, ao direito supralegal e sobre este aspecto Bachof diz:

À ‘Constituição’, e à Constituição não só em sentido material, mas também em sentido formal, pertence igualmente o direito supralegal, na medida em

⁷² BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* p. 60.

que tenha sido positivado pelo documento constitucional. Uma norma jurídica que infrinja Direito Constitucional assim positivado será, portanto, *simultaneamente 'contrária ao Direito natural' e inconstitucional*.

Se uma norma constitucional infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, *contrária ao Direito natural e, de harmonia com o exposto supra, III 2, carecerá de legitimidade, no sentido de obrigatoriedade jurídica*.

[...]

O Direito Constitucional supralegal positivado precede, em virtude do 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. Falta a autonomia da criação de direito, que permite ao Poder Constituinte abrir brechas, através de exceções à regra, nas normas autonomamente estabelecidas, onde a posição significa não a criação de normas jurídicas novas, mas apenas um **reconhecimento de direito pré-constitucional**⁷³. (Grifo nosso)

A segunda espécie de violação no sistema de Bachof é a da violação de Direito Constitucional não escrito, que é a inconstitucionalidade por violação de Direito Constitucional *material não escrito*, como segue:

a) Inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição

Ao Direito Constitucional não escrito temos o que Hippel convencionou chamar de “princípios constitutivos menos patentes do sentido da Constituição” (estão à disposição do Poder Constituinte e, de forma muito condicionada, também do poder constituído) e como exemplo cita uma lei que reduz as competências da Federação em favor dos Estados federados e ameaça a coesão e a capacidade de atuação daquela.

b) Inconstitucionalidade por infração de Direito Constitucional consuetudinário

O Direito Constitucional consuetudinário é parte integrante e complementar do Direito Constitucional escrito, pois se a Constituição representa o “espírito do povo”, este tem entre os seus elementos os seus costumes. Assim se o direito consuetudinário é complementar, não é possível imaginar que possa ocorrer um conflito de constitucionalidade entre este e a Constituição escrita.

⁷³ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* p. 62-63.

A Constituição só pode ser alterada através de lei formal que altere o seu texto, “porém, não deverá ignorar-se que nunca proibições legais do direito consuetudinário conseguiram impedir com segurança o seu aparecimento”. Na realidade trata-se de uma situação hipotética, bastante difícil diante da forma prescrita na Constituição para a sua alteração, seria antes um caso de revogação da norma constitucional pelo costume e não de inconstitucionalidade.

c) Inconstitucionalidade (Invalidez) por infração de direito supralegal não positivado

Aqui a dúvida que se apresenta é se é possível incluir na Constituição não escrita o direito supralegal não positivado através de sua transformação em Direito Constitucional escrito. “No plano prático, esta questão não terá grande significado para o direito alemão-ocidental atual, em virtude da expressa incorporação de direito supralegal na Lei Fundamental”⁷⁴.

O direito supralegal é “imaneente a toda a ordem jurídica que se reivindique legitimamente deste nome e, portanto, também, e até mesmo em primeira linha, a toda a ordem constitucional que queira ser vinculativa”. O reconhecimento nas constituições da existência de direito supralegal não pode ser parcial, mas sim de todo o direito supralegal.

Por fim, Otto Bachof afirma que existem muitos equívocos entre a doutrina e a jurisprudência quanto à faculdade judicial de declarar a não obrigatoriedade de uma norma da Constituição. Pode-se dizer que o controle das normas constitucionais é missão do legislador e que este ao editar uma norma declara-a compatível com as normas supra-ordenadas e que, assim, tal juízo é obrigatório também aos tribunais. Segundo Bachof, este é também o entendimento de Apelt, para o qual o Parlamento também é o guardião da Constituição.

Otto Bachof conclui que os tribunais constitucionais possuem a competência do controle das normas da Constituição e da constitucionalidade no sentido amplo da validade das normas constitucionais. Incluem-se aí todo o direito incorporado na Constituição.

⁷⁴ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* p. 67.

Até aonde chegar esta competência de controle, chega também a faculdade de decisão prevista no art. 93, nº I, alínea 2 e no art. 100 da Lei fundamental alemã, sendo que os tribunais constitucionais podem recusar o efeito de uma norma constitucional inválida, pela via de controle incidental, e, também, declarar a sua invalidade expressamente. Otto Bachof alinha-se com o pensamento de Ipsen quanto à incorporação de valores metafísicos no sistema constitucional e à sujeição do legislador à Constituição.

4 REFORMA, REVISÃO, EMENDA E SUAS DIFERENÇAS

Inicialmente é necessário se fazer uma distinção entre reforma, revisão e emenda, para então traçarmos os limitadores do Poder de Reforma. Muitos autores tendem a dizer que as três designações possuem a mesma natureza, mas como a nossa Constituição trata de revisão e emenda, entendemos que há distinções entre os conceitos.

4.1 REFORMA

Uma boa parte dos doutrinadores utiliza reforma constitucional como gênero e como espécies a revisão e a emenda. É o que defende Maurício Antonio Ribeiro Lopes⁷⁵, onde aduz:

A reforma constitucional é um processo político de reconstrução da ordem constitucional por afetação de superestrutura do Estado; a revisão é um processo político e legislativo de evolução constitucional; e emenda é um processo legislativo que serve como via de penetração das alterações ordinárias na Constituição.

A reforma é o meio utilizado para adequação jurídica da Constituição com a realidade e com as modificações produzidas pela sociedade, pois toda a organização humana é dinâmica e sofre alterações na sua estrutura e no seu comportamento. Assim, portanto, a Constituição é obrigada a possuir mecanismos que possibilitem que ela possa acompanhar estas mudanças sob pena de, em determinado momento histórico não representar mais o “espírito do povo” e nem o “espírito do tempo”. Ela tem a função de evitar conflitos sociais decorrentes de antinomias entre as normas da Constituição e a realidade social fática.

⁷⁵ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1993. p. 159-160.

Através da reforma constitucional as normas previstas no texto Magno se tornam adequadas para o atendimento das necessidades sociais, sem o risco de se tornar obsoletas e de a Constituição vir a se transformar em mera figura decorativa no mundo jurídico, pois a tensão que pode ocorrer entre a realidade social, a normalidade e a normatividade diminui a segurança jurídica, contribuindo, assim, para o enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Concludentemente podemos, então, dizer que a reforma é mais ampla e que a emenda e a revisão são menos abrangentes. A reforma é o gênero e a emenda e a revisão são espécies dela.

4.2 EMENDA

João Gilberto Lucas Coelho⁷⁶ ensina: "Temos que emenda, revisão e reforma não se confundem". Nesse diapasão:

A emenda, instituto comum e de uso habitual, trata de uma modificação pontual, sobre determinado e específico conteúdo, variando nos diferentes regimes e formas – mais ou menos exigentes – de produzi-la. A reforma constitucional é mais ampla e abrangente, exigindo – em geral – mecanismos mais rígidos para sua efetivação; a Constituição brasileira não contempla o instituto da reforma para sua alteração. A revisão constitucional é mais rara, caracterizando-se ora como uma reforma, ora como algo mais amplo do que esta.

Em nossa Constituição a Emenda Constitucional está elencada no art. 60 e é uma manifestação do Poder Constituinte Derivado, exige *quorum* qualificado de três quintos e votações de dois turnos e a Revisão Constitucional difere da Emenda porque, conforme o art. 3º do ADCT necessita de maioria absoluta em sessões unicamerais e com limitador temporal de cinco anos após a sua promulgação. Isto, portanto, já ocorreu e deu origem às EC de Revisão de número 1 a 6.

⁷⁶ COELHO, João Gilberto Lucas. A nova ordem constitucional brasileira e os debates sobre reformas. *Revista Indicadores Econômicos, FEE*, v. 23, n. 3, p. 143, 1995.

A emenda compõe-se de duas fases, a propositiva e a deliberativa. A primeira delas trata sobre quem possui competência para a alteração constitucional e esse rol é taxativo, não admitindo qualquer interpretação extensiva. Essa restrição acerca da propositura de Emenda Constitucional é uma característica da rigidez constitucional tem por finalidade garantir uma maior durabilidade ao texto, conferindo, assim, maior estabilidade jurídica ao sistema constitucional.

A proposição de Emenda Constitucional pode ser efetuada por: a) iniciativa de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) iniciativa do Presidente da República; c) iniciativa de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, havendo a manifestação em cada uma delas da maioria relativa de seus membros.

Quanto ao *quorum* é exigido o qualificado com o intuito de evitar que propostas oportunistas, demagógicas ou desconectadas com a realidade e o apoio social e/ou parlamentar venham a ter êxito, infringindo, desta forma, a rigidez constitucional. Contudo, mesmo com todas estas exigências e restrições a propositura e a aprovação de uma Emenda Constitucional vemos uma proliferação acentuada de alterações do texto constitucional através de emendas, o que demonstra que estes mecanismos não têm sido eficazes na garantia da rigidez da Constituição.

A iniciativa do Presidente da República esteve prevista nas Constituições de 1937 e 1967 e foi também acolhida pelo texto da nossa atual Carta Magna. Ocorre que, como as duas Constituições citadas eram oriundas de regimes ditatoriais, esse é um resquício da ditadura que integra o nosso sistema jurídico, embora a atual Constituição seja a mais democrática que o Brasil já teve.

Podemos afirmar isso porque a competência propositiva em regimes democráticos é uma função inerente ao Poder Legislativo e, portanto, não há qualquer argumento que justifique que o Presidente da República deva exercê-la. Além disso, essa competência não se justifica também porque se o Presidente da República desejar uma alteração constitucional, esta pode, tranqüilamente, ser proposta por sua base parlamentar no Congresso Nacional, não necessitando que ele intervenha no processo diretamente.

A competência propositiva atribuída ao Presidente constitui-se em verdadeira intromissão do Poder Executivo no Poder Legislativo, configurando-se, assim, em

ferimento ao princípio constitucional da independência e da harmonia entre os Poderes.

Ademais, esta é uma questão que no Brasil tem se configurado com freqüência, pois o Poder Legislativo teve a sua competência legislativa usurpada pela previsão da possibilidade de o Poder Executivo editar Medidas Provisórias. Ao analisarmos as iniciativas legislativas no Congresso Nacional vemos que a maioria é proveniente do Poder Executivo, através de Medidas Provisórias, quando o correto é que elas fossem integralmente oriundas do próprio Poder Legislativo.

Quanto à possibilidade de as Assembléias Legislativas proporem emendas, podemos dizer que isto é uma característica do pacto federativo e que contribui para o fortalecimento e o equilíbrio do mesmo. No entanto as exigências para a propositura dificultam enormemente o seu exercício.

Na fase deliberativa a proposta é discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos e será aprovada se obtiver, em cada turno, a maioria de 3/5 dos respectivos membros. Caso o número exigido não seja alcançado, a proposta é arquivada, e se isto ocorrer em primeiro turno ela sequer será submetida ao segundo turno.

As emendas são promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com seu respectivo número de ordem, e entrarão em vigor após sua publicação no Diário Oficial; quando adquirem eficácia *erga omnes*.

Quando falamos em Poder de Reforma, necessariamente estamos falando do Poder Constituinte Derivado, pois só ele é que pode reformar a Constituição como e nos termos do autorizado pelo Poder Constituinte Originário.

4.3 REVISÃO CONSTITUCIONAL

As maneiras de revisão constitucional são definidas conforme a estrutura de cada sistema constitucional, e todas as Constituições as prevêem, expressa ou tacitamente.

A diferenciação entre emenda e revisão também pode ser caracterizada porque a emenda sofre influência jurídica e a revisão tem sintonia política, conforme a conceituação de Constituição Dirigente.

Quanto aos tipos de revisão, a doutrina apresenta duas classificações, quais sejam a restrita e a ampla, como seguem:

a) **Revisão Restrita** – Temos, nesta corrente, doutrinadores como Pinto Ferreira e José Afonso da Silva que reconhecem aí mecanismos com procedimentos mais flexíveis para modificar o texto. Dizem eles que o limite a ser respeitado é o das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º. A revisão neste caso não cria uma nova Constituição, apenas reforma um texto que foi escrito dentro de estipulações previamente estabelecidas. A teoria da revisão restritiva norteia-se pelo binómio proibição-possibilidade.

A proibição caracteriza-se pelo fato de haver a permissão de o texto constitucional ter sido reformado antes do período de cinco anos que foi estipulado, funcionando como uma limitação temporal e possibilidade porque a revisão poderia ter acontecido em qualquer tempo após os cinco anos e inclusive não ter acontecido se essa tivesse sido a vontade do Congresso Nacional.

b) **Revisão Ampla** – Nesta corrente temos o Prof. Ives Gandra da Silva Martins e ela partilha dos mesmos argumentos da revisão restrita, mas desvinculada do plebiscito realizado em 1993 para ser um instrumento autónomo em relação à alteração constitucional.

Esta linha de pensamento admite a alteração completa da Constituição, inclusive das cláusulas pétreas e parte da premissa de que o alcance da revisão deveria ser extenso, sem restrições para expurgar do texto os excessos políticos.

Há, ainda uma outra corrente da revisão ampla que defende que a Constituição de 88 não teria conseguido completar os seus trabalhos e, por isso, teria sofrido uma interrupção para ser retomada após cinco anos para ser complementada. Tal tese nos parece absurda eis que se estaria atribuindo competências de Constituinte Originário ao constituinte derivado cinco anos depois.

Miranda⁷⁷ classifica as formas de revisão constitucional em dois grupos:

- a) em processos de democracia representativa;
- b) em processos de democracia representativa e de democracia direta ou semi-direta cumulativamente.

A partir destes pressupostos o autor estabelece oito sistemas de revisão constitucional, como segue:

⁷⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, Tomo II, 1991. p. 153.

- a) revisão por assembléia ordinária e pelo mesmo processo de edição de leis ordinárias;
- b) revisão pela assembléia ordinária sem maioria requerida para leis ordinárias, mas com especificidades de outra ordem, tais como tempo e matéria;
- c) revisão pela assembléia ordinária com maioria qualificada;
- d) revisão pela assembléia ordinária renovada depois de eleições gerais e após deliberação ou decisão de abertura do processo de revisão com ou sem maioria qualificada;
- e) revisão pela assembléia ordinária *ad-hoc* eleita especificamente para fazer a revisão;
- f) revisão pela assembléia ordinária ou por assembléia de revisão sujeita a referendo e cumpridos alguns pressupostos como ratificação e veto popular;
- g) revisão por referendo de projeto elaborado por assembléia ordinária ou sobre lei de revisão sujeita à sanção popular; e
- h) revisão de Constituições Federais acrescida de participação dos Estados federados através de representação ou por via democrática direta ou semi-direta, a título de veto resolutivo ou ratificação.

Saliente-se que o sistema previsto na alínea "a" é aplicável as constituições do tipo flexível, enquanto todos os demais são compatíveis com o sistema rígido. É bem verdade que existem outros meios de revisão da Constituição, mas deixamos de elencá-los aqui por não estarem inclusos no sistema democrático.

No Brasil o processo de revisão da Constituição de 1988 foi previsto no art. 3º do ADCT e, no que tange à sua freqüência, diferentemente da previsão do texto de 1934, onde ela poderia ser realizada tantas quantas vezes fosse necessária e desde que preenchesse os requisitos formais, neste caso ela somente foi prevista para ocorrer uma única vez e ao tempo certo. Foi um processo de revisão simplificado e que já se realizou tendo por motivos as razões históricas relacionadas ao desenvolvimento dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte e considerando a relevância de alguns temas debatidos e o exíguo tempo para a sua conclusão.

Assim os constituintes de 1988 acharam por bem estabelecer um sistema de revisão simplificado e menos rígido para oportunizar um aperfeiçoamento do texto dentro de um prazo determinado de cinco anos após a sua promulgação. A revisão constitucional que se seguiu, encerrando-se em 1994 foi pífia, tendo gerado apenas seis Emendas Constitucionais de Revisão (ECR), que receberam numeração

específica para diferenciá-las do processo ordinário de Emendas Constitucionais, previsto no art. 60 da CF/88.

A revisão que foi prevista na Constituição de 88 foi absolutamente inusitada e atípica, se tomarmos os parâmetros definidos para esta espécie reformadora. A doutrina sobre a revisão ensina que ela deveria ser utilizada para alterar a parte mais crucial do texto constitucional, qual seja a relação entre os poderes, sua organização política e a declaração de direitos constitucionais, como foi dimensionada e aceita na Carta de 1934.

Na lição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁷⁸ encontramos as características do processo de revisão, como segue:

a) **Procedimento simplificado** – O procedimento de revisão era mais simples do que o previsto para a reforma da Constituição no art. 60 da Carta Magna;

b) **Tempo certo para a realização** – O Constituinte Originário fixou o prazo de cinco anos, contados da promulgação do texto, para a revisão.

c) **Processo único** – O legislador constituinte definiu o processo de revisão através do art. 3º do ADCT, de natureza transitória. No entanto como o processo ali previsto já se realizou, não há mais, com base neste artigo, possibilidade de se realizar revisão constitucional simplificada como ali estava estabelecido.

Questão relevante de se perguntar é se o Poder Derivado tem a possibilidade de estabelecer, por meio de EC, a possibilidade de revisão constitucional simplificada.

A resposta, indubitavelmente, é não, pois se tal possibilidade ocorresse seria como delegar ao Poder Constituinte Derivado os poderes que o Constituinte Originário não delegou, até porque se isso ocorresse haveria a possibilidade de o Poder Reformador descaracterizar a identidade da Constituição insculpida pelo Constituinte Originário.

O art. 3º do ADCT foi uma norma transitória que se esgotou e, portanto, não é possível o estabelecimento de qualquer outro processo de alteração do texto que não seja o previsto no art. 60 da CF, eis que este é tido como cláusula pétrea implícita.

⁷⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro, RJ: Impetus, 2003. p. 39-41.

d) Processo sujeito a limites – A revisão constitucional é manifestação do Constituinte Derivado e como tal deve respeitar os limites impostos pelo Constituinte Originário para modificação da Carta.

Assim, mesmo o processo revisional do art. 3º do ADCT deveu obediência aos limites impostos pelo Poder Constituinte Originário, especialmente às limitações circunstanciais e materiais.

e) Inaplicabilidade aos Estados-membros – O STF entende que o processo de reforma previsto no art. 60 da CF deve ser obrigatoriamente implantado nas Cartas dos Estados federados como única forma de alteração dos respectivos textos constitucionais. Entende mais o STF, entende que os procedimentos de alteração das Constituições dos Estados não pode ser nem mais, nem menos rígido que o previsto no art. 60 para alteração da Carta Federal.

Na opinião do Prof. Walber de Moura Agra⁷⁹, o Constituinte Originário da Constituição de 88 errou ao não inserir a revisão constitucional como forma constante de modificação constitucional, sem vinculação ao resultado do plebiscito que foi previsto e incidindo na parte material do texto. Para o propósito que foi pensado, a adequação do texto ao resultado do plebiscito foi acertada, pois foi prevista no ADCT, ou seja, fora do corpo da Constituição.

No entanto, se a previsão fosse no mesmo sentido do texto de 1934, que era de possibilitar a modificação do texto sempre que necessário, ela deveria ser prevista no próprio texto, mais especificamente onde é prevista a possibilidade de emendas. Talvez se assim fosse nós teríamos emendas constitucionais menos freqüentes e o Congresso Nacional com tanto tempo envolvido em votações de emendas.

⁷⁹ AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 141.

5 O PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL PARA A REFORMA TRIBUTÁRIA: BREVE ANÁLISE

Como dissemos anteriormente, as Constituições não devem ser imutáveis para poderem adequar-se ao momento contemporâneo da sua existência e poderem melhor refletir o "espírito do tempo" em seu texto. É nesse sentido que vemos a Proposta de Emenda Constitucional, que hōrā tramita no Congresso Nacional para alterar o sistema tributário brasileiro. A alteração é legítima, mas a nosso ver a Emenda não é o instrumento mais adequado para uma reforma tão profunda e tão ampla como essa.

A análise que precisa ser feita é sobre as suas inconstitucionalidades, pois a pertinência do tema é indiscutível. Além disso, o que precisa ser visto também é se esta adequação não vai ferir direitos e garantias fundamentais dos contribuintes e o pacto federativo, questões estas que devem ser absolutamente preservadas, até porque são cláusulas pétreas.

A proposta de Emenda Constitucional enviada ao Congresso Nacional pelo Governo Federal sem dúvida traz alguns avanços para a melhoria do complexo Sistema Tributário Nacional, mas também apresenta alguns problemas do ponto de vista de constitucionalidade, de perda de direitos dos contribuintes e de uma ainda maior concentração de recursos e de poder na União.

É importante ressaltar que o momento atual favorece a tramitação, votação e implantação de uma reforma tributária em virtude de o país passar por um momento de crescimento econômico, o que tem impacto positivo sobre a arrecadação de tributos e ajuda a minimizar eventuais perdas e diminuir resistências a implantação do projeto, compensando prejuízos dos entes federados e evitando desequilíbrios das contas públicas.

A necessidade de uma reforma tributária no Brasil é indiscutível porque o nosso país possui um dos sistemas tributários mais complexos do mundo e não é sem motivo que um estudo do Banco Mundial aponta que o Brasil é o recordista mundial em tempo desperdiçado pelas empresas para cumprimento de obrigações tributárias. Além disso, possui muitos tributos incidentes sobre uma mesma base, particularmente no que tange a tributos indiretos que incidem sobre bens e serviços. Enquanto a maioria dos países possui um ou dois tributos indiretos, o Brasil tem

seis, que são quatro na esfera federal, o IPI, COFINS, PIS e CIDE; um na esfera estadual que é o ICMS, mas que tem 27 legislações diferentes, uma para cada Estado e um na esfera municipal, o ISS.

Todos estes problemas acarretam dificuldades não só para os contribuintes, mas para o país, pois leva a perda de competitividade, a guerra fiscal entre os Estados, ao aumento do custo dos investimentos e a tributação excessiva da folha de salários. Este último leva a um problema social que é a diminuição das vagas de empregos, ao aumento da informalidade e a diminuição da contribuição para a previdência social, pois atualmente somente 51% dos ocupados são contribuintes do sistema.

Segundo o Ministério da Fazenda as principais medidas propostas na proposta de Emenda Constitucional enviada ao Congresso são: simplificar o sistema tanto no âmbito federal quanto no estadual; eliminar a guerra fiscal entre os Estados; implementação de medidas de desoneração tributária; aperfeiçoamento das políticas de desenvolvimento regional e melhora na qualidade das relações federativas.

1) Simplificação dos tributos

No âmbito federal a principal proposta é a extinção, no segundo ano após a aprovação da reforma, de cinco tributos e a criação de um novo sobre valor adicionado, o IVA-F, prometendo manter neutra a arrecadação.

Assim, ficariam extintas a COFINS, o PIS, a CIDE-Combustíveis e a contribuição sobre a folha de salários para o Salário Educação, além da CSLL.

O IPI seria mantido, mas com simplificação, eis que fica eminentemente com as suas funções regulatórias, quais sejam, a tributação seletiva, com alíquotas mais elevadas para fumo e bebidas; uso como instrumento de regulação da política industrial, como no caso da lei de informática e uso como instrumento de política regional.

Aí o Ministério da Fazenda cita expressamente a manutenção dos benefícios fiscais para a Zona Franca de Manaus.

Neste particular entendemos que há um contra-senso e uma inconstitucionalidade. Um contra-senso, porque se a proposta do Governo é acabar com a guerra fiscal entre os Estados como manterá benefícios fiscais para um Estado ou uma região em particular? Isto leva à inconstitucionalidade, pois, embora a CF/88 permita ao governo estabelecer incentivos fiscais como instrumento de

desenvolvimento regional, este dispositivo não deve e não pode ser visto isoladamente, mas no contexto constitucional do equilíbrio federativo e uma distinção deste tipo causa, indubitavelmente, desequilíbrio do pacto federativo.

No que tange ao ICMS a proposição é de unificação das 27 legislações existentes em uma única federal com a criação de um Novo ICMS, com a mesma abrangência do atual. Para este novo imposto a proposta é de que o Senado deverá definir que alíquotas serão aplicáveis, que o governo propõe em torno de quatro ou cinco, o CONFAZ proporá o enquadramento dos bens e serviços nas diversas alíquotas e o Senado aprovará ou rejeitará a proposta do CONFAZ.

O Governo alega que está estabelecendo um sistema de freios e contrapesos entre o CONFAZ e o Senado, que enquanto aquele tem preocupação com a receita este teria a preocupação em não aumentar a carga tributária, mas na prática está retirando autonomia dos Estados de decidirem em comum acordo sobre um tributo que é seu, ferindo mais uma vez o pacto federativo. Além disso, como sabemos a formação do Senado por si só já é um desrespeito ao pacto federativo, pois Estados mais populosos possuem representação igual aos menos populosos, o que prejudica a representatividade dos Estados e das regiões. Enquanto um Senador de um Estado pequeno se elege com votação igual ou menor que um Vereador de uma grande capital, um Senador de um grande Estado precisa de muitas vezes mais votos para se eleger. Este sistema, além de ferir o equilíbrio federativo, fere, também, o princípio basilar da democracia de um homem, um voto.

Ademais o argumento de que um órgão estaria preocupado na preservação dos níveis de receita e outro em não aumentar a carga tributária por si só não de sustenta, pois o Senado constitucionalmente tem a atribuição de ser o defensor dos interesses dos Estados e os Senadores sempre são mais sensíveis aos apelos dos Governadores do que do povo em geral.

2) Término da guerra fiscal

Este é talvez o ponto mais importante e meritório do projeto de reforma tributária, pois a guerra fiscal estabelecida entre os Estados é, sem dúvida, absolutamente nefasta ao interesse público, às finanças públicas e ao Brasil como um todo. No entanto este reequilíbrio não pode ser feito a custa de retirar a autonomia dos entes federados estaduais, embora se reconheça que é muito difícil alcançar este objetivo sem um pouco de perda desta autonomia.

Uma outra dificuldade a ser enfrentada é a transição entre o sistema antigo e o novo, eis que é impossível uma ruptura do sistema incentivos vigente porque isto acarretaria rompimento de contratos e insegurança jurídica.

A proposta do PEC é no sentido de que a cobrança do ICMS nas operações interestaduais seja feita no Estado de destino com a redução da alíquota na origem por oito anos e ao final a implantação do Novo ICMS com manutenção de uma alíquota de 2% na origem para estímulo da fiscalização e que não seria suficiente para utilização como mecanismo de guerra fiscal. Porém, a afirmativa de que a proposta implanta definitivamente o princípio do destino constitui-se em uma falácia porque, na verdade, consagra o princípio misto, na medida em que mantém a cobrança de 2% na origem.

No entanto, embora o ICMS seja devido ao Estado de destino, a cobrança se dará no Estado de origem com pagamento através de uma câmara de compensação, isto para evitar a sonegação através de operações interestaduais fictícias.

Porém, a afirmativa de que a proposta implanta definitivamente o princípio do destino constitui-se em uma falácia porque, na verdade, consagra o princípio misto, na medida em que mantém a cobrança de 2% na origem.

Para evitar prejuízos aos Estados durante a implantação do novo sistema tributário o PEC propõe a criação de um Fundo de Equalização de Receitas – FER que será utilizado para compensar os Estados que possam ter perdas no decorrer do processo.

3) Desoneração tributária

Dentre as desonerações que estão propostas no PEC a primeira delas é a da folha salarial que teria uma redução de 6% em relação ao percentual atual de contribuição dos empregadores para a previdência, caindo de 20% para 14% com implantação de um 1% ao ano após o segundo ano de aprovação da reforma. Para esta implementação o Poder Executivo deverá enviar um Projeto de Lei Complementar ao Congresso no prazo de 90 dias após a aprovação da reforma para regulamentar a redução.

Além desta redução a folha salarial terá, ainda, uma diminuição de mais 2,5% referente à extinção do Salário Educação que será compensada no IVA-F. Embora esta redução não seja da carga tributária ela efetivamente incide na folha de

salários, perfazendo, assim, uma desoneração de 8,5% em relação aos níveis atuais.

Outro aspecto importante é a desoneração dos investimentos, principalmente na redução do prazo para apropriação dos créditos em impostos pagos para aquisições de máquinas e equipamentos, o que é proposto que seja feito gradualmente no mesmo prazo e simultaneamente a implementação da cobrança do ICMS no destino.

Não menos importante é a desoneração da cesta básica que, embora não se efetive na PEC, o governo diz que passa a ter este espaço em virtude da criação do IVA-F e do Novo ICMS o que criaria condições de diminuição de tributos em produtos como, por exemplo, pão, açúcar e óleo de soja que têm incidência de tributos federais.

Por fim, para garantir os mesmos níveis de carga tributária na transição a PEC traz em seu artigo 9º previsão de que a Lei Complementar poderá estabelecer limites e mecanismos de ajuste da carga tributária enquanto houver a implantação das alterações produzidas pela emenda. Na proposta estão previstas também medidas de desoneração completa das exportações e a redução da cumulatividade no sistema tributário com a extinção da CIDE-Combustíveis, bem como o fim do favorecimento às importações.

4) Política Regional

A proposta de reestruturação da política de desenvolvimento regional contida na PEC traz algumas questões importantes, mas mantém e até aprofunda algumas discrepâncias hoje existentes. Entendemos que o governo perde excelente oportunidade de corrigir as distorções na política de desenvolvimento regional do Brasil.

Estes mecanismos hoje estão centrados nos créditos dos fundos constitucionais de financiamentos do Nordeste, Norte e Centro-Oeste que têm recursos oriundos da vinculação de 3% das receitas do IPI e do IR e na aquisição de debêntures de empresas pela alocação de recursos orçamentários que se destinam aos fundos de desenvolvimento do Nordeste e da Amazônia.

O que há de novo é a criação de um Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional – FNDR, que permitirá a aplicação dos recursos da política de desenvolvimento regional – PDR. A proposta prevê a destinação ao FNDR de 4,8%

da receita de IPI e IR e a possibilidade de aplicação de até 5% do fundo nas áreas menos desenvolvidas das regiões sul e sudeste. Também prevê a garantia de aplicação de 60% do montante em financiamentos e a criação de novos instrumentos como investimentos estruturantes e transferências a fundos estaduais para apoio e investimentos no setor produtivo.

A proposta já representa um avanço, pois nem sempre o que uma região precisa é de financiamentos, mas às vezes de investimento em infra-estrutura e em questões estruturais e também porque destina uma parte, mesmo que pequena para as regiões Sul e Sudeste.

Creemos que aí reside uma inconstitucionalidade, pois a política nacional de desenvolvimento regional não trata a todas as regiões menos desenvolvidas com a devida equidade, na medida em que destina 95% dos recursos do fundo para o Nordeste, Norte e Centro-Oeste e apenas 5% para o Sul e Sudeste, além de manter instituições como a SUDENE, SUDAM E SUDECO não dar ao Sul e Sudeste o mesmo tratamento.

Isto por si só é suficiente para ferir o pacto federativo, mas não é somente isto porque continua a colaborar para aprofundar desequilíbrios na medida em que proporciona financiamentos para algumas regiões e não para outras, estimula que empresas migrem de uma região que não dispõe destes incentivos para uma que os possui. Como caso concreto podemos citar a alta migração de empresas calçadistas do Rio Grande do Sul para o Nordeste. Este fator não se deu somente pelos incentivos fiscais e materiais oferecidos pelos Estados, mas também pela facilidade de crédito dos mecanismos federais para aquela região e esta distorção permanece.

5) Melhora nas relações federativas

A reforma tributária se implantada nos moldes propostos implicará em uma mudança importante no sistema de partilhas hoje vigentes. Hoje no âmbito das partilhas federativas 21,5% das receitas do IR e do IPI são destinadas ao Fundo de participação dos Estados, 23,5% ao Fundo de Participação dos Municípios e 3% aos fundos constitucionais, mais 10% da receita do IPI vai para os Estados por conta da proporcionalidade das exportações de produtos industrializados - FPEX.

Os tributos extintos são vinculados ao financiamento da seguridade social, ao Fundo de Amparo do Trabalhador, ao Banco Nacional de Desenvolvimento

Econômico e Social, à educação básica e a infra-estrutura de transportes e outras finalidades.

Ocorrendo a reforma como proposta, os sete tributos mencionados acima serão substituídos por apenas três, IR, IPI e IVA-F, mas não deverá haver alterações em relação aos valores partilhados. O Ministério da Fazenda afirma que toda a proposta de reforma foi construída de modo a manter a absoluta neutralidade no sistema de partilhas hoje vigente em relação a valores, inclusive mantendo o percentual de 18% destinado à educação.

Uma das questões importante da reforma foi introduzida a partir da demanda das entidades municipalista e diz respeito à partilha dos 25% do ICMS destinada aos Municípios. Hoje 3/4 desse valor é distribuído de acordo com o valor adicionado de cada Município, o que gera enormes distorções, beneficiando aqueles onde estão localizadas as maiores unidades industriais. Em alguns casos, dentro de um mesmo Estado, um Município chega a receber 130 vezes mais repasse *per capita* que outro.

Como solução para este problema a proposta é de que o critério das partilhas municipais seja definido através de uma Lei Complementar, mas que terá de ser a longo prazo para evitar desequilíbrio das contas públicas dos Municípios.

Neste particular, sempre é importante salientar que qualquer ação que limite as competências de um ente federado será inconstitucional. É neste sentido a doutrina de Alexandre Bleggi Araujo⁸⁰, como segue:

Conforme já anteriormente exposto, os quatro entes federativos brasileiros (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) são autônomos entre si, cabendo a cada qual gerir e administrar seus governados e suas finanças.

Para tanto, cada pessoa política recebeu do poder constituinte originário competência para desenvolver suas atividades.

Tais competências, devidamente declinadas no Texto Supremo, não podem ser retaliadas ou restringidas por quaisquer dos demais entes da Federação, exceto nas hipóteses prescritas e excepcionadas pelo referido poder constituinte originário.

Assim, qualquer limitação que exceda às determinações constitucionais originárias violará o princípio da autonomia da Federação, do qual é fruto o princípio da autonomia municipal, consagrado no art. 18, combinado com o art. 29, ambos da Constituição Federal. (Grifo nosso)

⁸⁰ ARAÚJO, Alexandre Bleggi. Imposto sobre Serviços (ISS): Inconstitucionalidade das limitações ao poder de tributar municipal impostas pela Emenda Constitucional n. 37/02. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, SP, n. 91, p. 20, abr. 2003.

Outro ponto importante é a alteração da base de partilhas federativas pela qual são calculados os valores destinados ao Fundo de Participação dos Estados e dos Municípios que inclui o IR, o IPI e o IVA-F. Com isso a proposição é eliminar um dos principais focos de tensão entre a União e os demais entes federados, qual seja a existência de contribuições não compartilhadas. Contudo, ainda ficam de fora da partilha o ITR, a contribuição previdenciária sobre a folha, o imposto de importação e de exportação e o IOF.

Contudo, não vimos em lugar algum na PEC um dispositivo que vede a criação, pela União, de novas contribuições não compartilhadas com Estados e Municípios, ao que depreendemos que a porta permanece aberta para a concentração de receitas.

A par de todas as vantagens apontadas, o projeto traz alguns pontos polêmicos, além dos que já apontamos. O principal deles é que retira totalmente dos Estados a possibilidade de legislar sobre o tributo de sua competência, que é o ICMS, principalmente quando atribui no parágrafo 6º do novo artigo 155-A as matérias de competência de Lei Complementar, não permitindo que os Estados legislem sequer sobre parcelamentos de débitos fiscais.

Esta intervenção somente deve ser efetuada em situações de absoluta excepcionalidade, como já dissemos quando tratamos das limitações circunstanciais ao Poder de Reforma. A tentativa de retirar competências dos Estados e Municípios afigura-se inconstitucional por ferir o artigo 60, § 4º, I da CF/88. A análise maior sobre a constitucionalidade desta PEC que deve ser feita é sobre as limitações implícitas do Poder Reformador.

O projeto atenta contra os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes quando dá nova redação ao parágrafo 1º do artigo 150 da CF. Nele é retirado o princípio da anterioridade para os empréstimos compulsórios previstos no artigo 148 e também para o novo imposto para operações com bens e serviços, introduzidos pelo inciso VIII do artigo 153. Ele também retira o princípio da noventena para os impostos previstos nos artigos 148, I, 153, I, II, IV, V e VIII; e 154, II, bem como para a fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos artigos 155, III, e 156, I. Esta tentativa infringe o § 2º do artigo 5º da CF

Assim, entendemos que a proposta merece ser melhor avaliada e discutida para que se encontrem alternativas mais viáveis e que não afetem a autonomia dos Estados e os direitos dos contribuintes. E mais, que dê garantias para os entes

federados de que a União não continuará a criar contribuições não compartilhadas, porque esta é uma questão que, embora o Governo afirme que não haverá, não está prevista no texto e, portanto, em aberto.

A reforma é necessária e urgente, mas ela não pode fragilizar ainda mais o já débil pacto federativo brasileiro.

CONCLUSÃO

O tema objeto deste nosso trabalho é algo extremamente complexo e polêmico. É um tema amplo e que tem muitos e bons juristas e doutrinadores, que escrevem sobre a matéria, com entendimentos divergentes sobre várias questões. Assim, modestamente, esperamos ter contribuído para uma reflexão sobre um tema palpitante como a reforma da Constituição, sobretudo neste momento onde as alterações do texto da Carta Magna sofrem modificações em profusão e se debate uma proposta de reforma que altere o sistema tributário brasileiro.

Por outro lado, buscamos inovar ao partir de uma análise sob a ótica filosófica e embasada num pensador importante como Hegel, que nos dá uma sustentação teórica como poucos. Da mesma forma esta análise filosófica da matéria permite que a análise jurídica seja enriquecida, muito mais completa e robusta.

Assim, passamos a estabelecer algumas conclusões, sem pretensões de esgotar o tema, que esperamos possam colaborar para que ao Estado Democrático de Direito seja fortalecido, para que a Constituição não perca sua identidade, mas que possa representar o “espírito do povo e o do tempo”. A primeira delas é a de que o pensamento hegeliano é absolutamente contemporâneo e presta-se ao estudo do Estado atual. A estrutura de Estado feita a partir da família, dos estamentos sociais e da representação destes no Parlamento é uma estrutura que estabelece representatividade aos parlamentares.

A maneira com que o Estado brasileiro é formado é muito semelhante ao que defende Hegel, embora precise se levar em consideração os momentos históricos do Brasil hoje e de Hegel no seu tempo. O Estado em Hegel é um Estado estamental, posterior à Sociedade Civil e, porque não, um Estado de indivíduos, não é um mero agregado, mas um organismo vivo. Já a liberdade só é verdadeira e livre

quando tem suporte no Estado ético, porque a família e a Sociedade Civil não conseguem sozinhas perfectibilizá-la e ela somente é alcançada pela representação política.

A Constituição deve conter o “espírito do povo” e é a superação do momento da Sociedade Civil, com seus indivíduos, para o momento do Estado. É quando temos a formação do Estado como coletividade e como resultado da superação das divergências e da mediação das vontades dos estamentos sociais.

Outra conclusão que podemos tirar do pensamento de Hegel é de que não é possível se fazer uma Constituição onde já existe uma Constituição e se a Constituição tem origem no “espírito do povo”, cada povo tem a Constituição que lhe convém. A Constituição não é algo que possa ser construído e dado a alguém porque ela precisa ser aceita pelo povo, de quem vai ser a carta maior.

No entanto, as Constituições não devem ser imutáveis porque devem refletir o “espírito do tempo”, devem modernizar-se para acompanhar a evolução da sociedade. Porém essa evolução não pode descaracterizar os alicerces básicos que foram erigidos pelo Poder Constituinte Originário, nem as cláusulas pétreas.

As alterações constitucionais devem manter a essência da Constituição e não incorrer em alterações em nome de uma falsa modernidade, entendida como aquelas que não servem ao interesse público e da sociedade. Como um exemplo desta situação, citamos a emenda que estabeleceu a reeleição que, em nosso ver, não foi algo para atender ao interesse da coletividade, mas uma casuística em nome de interesses de alguns e determinado grupo.

A reforma da Constituição é da competência do Poder Legislativo, que só pode alterá-la de acordo com as regras estabelecidas na própria Constituição e esta, como um conjunto de regras que regulam o Estado, tem diversos conceitos porque incide em diversas áreas. Ele pode ser genérico, sociológico, político e jurídico, mas não pode ser vista apenas pelo ângulo da ciência jurídica porque o direito, cada vez mais, busca a transdisciplinaridade.

O processo Constituinte, em 1988, gerou enormes expectativas na população, até porque ele era visto como a redenção para todos os males do Brasil, em virtude do longo período ditatorial pelo qual tínhamos passado. Mas o dia seguinte demonstrou que o cenário pós-Constituinte não era aquele mágico imaginado por todos e percebeu-se que havia e ainda há um longo caminho a ser percorrido. As Constituições precisam ser vistas e analisadas não como algo que por

si só resolvem tudo, mas como ferramentas e instrumentos que trazem possibilidades concretas de ação para perseguir o ideário positivado no texto.

A Constituição de 1988 fixou no seu texto uma função simbólica pelo artigo 3º, à qual preceitua a busca por uma sociedade justa e solidária e a erradicação da pobreza. Embora esta seja uma ficção simbólica, ela está mais para um objetivo a ser alcançado e, assim, o Estado brasileiro deve nortear suas ações, através dos Poderes e Instituições, sempre na busca da consecução deste fim. Neste sentido a Constituição não é uma utopia, mas uma declaratória de princípios básicos de vir a ser que devem ser perseguidos por toda a sociedade.

A afirmativa de que as Constituições costumeiras são mais democráticas, no nosso ver, é falsa, na medida em que os costumes podem se emanados pelos mais fortes e estes podem exercer pressões para fazer valer os seus interesses. A rigidez da Constituição não pode ser vista como um entrave à sua adaptação, mas como uma garantia contra mudanças constantes e freqüentes, ao sabor das maiorias legislativas. Existem elementos que precisam permanecer imutáveis, sob pena de a essência do texto constitucional se dissolver na dinâmica das forças políticas.

O texto da nossa Constituição de 1988 foi escrito sob uma ótica parlamentarista, que nunca foi implantada, pois o resultado do plebiscito foi pela república presidencialista. Isso causou dificuldades de governabilidade, pois há um sistema de governo com um texto constitucional escrito para outro.

Anterior ao Poder Constituinte há um Direito natural que é o direito do homem em estabelecer as instituições que deseja para ser governado. A implantação de uma nova Constituição somente pode ser feita onde não há uma Constituição ou porque há uma ruptura da ordem jurídica anterior e a implantação de uma nova.

O próprio Poder Constituinte Originário deve prever os mecanismos pelos quais poderá o Poder Constituinte Reformador alterar a Constituição e inseri-los no texto, pois somente através destes mecanismos é que o texto poderá ser modificado e nos estritos limites em que o Poder Originário outorgou. A atribuição de Poder Reformador ao Poder Legislativo não configura excesso de concentração de Poder, como dizem alguns, até porque a Reforma tem limitadores impostos no texto Constitucional.

No nosso sistema, a verdadeira concentração de Poder está no Executivo, onde o Presidente desempenha funções de Chefe de Estado e de Governo e, ainda, legisla por meio de Medidas Provisórias. A edição de Medidas Provisórias pelo

Presidente da República constitui-se em interferência do Executivo no Legislativo e a alegada impossibilidade de governar sem o exercício desse Instituto, em nossa opinião, é mera alegação para justificá-lo, pois o Presidente, em caso de urgência e necessidade, poderia utilizar a sua base parlamentar para propor as Medidas Provisórias necessárias ao Congresso, ao invés de propô-las eles mesmos. Além disso, ainda há a iniciativa do Presidente para propor Emendas Constitucionais, o que é um resíduo da ditadura incorporado pela atual Constituição.

Em tese, as aprovações de legislações ou de Emendas Constitucionais feitas no Poder Legislativo são a aprovação da sociedade que os Parlamentares representam. Mas em nosso país esta afirmação nem sempre é verdadeira porque o Congresso é susceptível às pressões de grupos econômicos, da mídia e, principalmente, do Poder Executivo que a exerce por meio de liberações de emendas parlamentares, constituindo em uma maioria falsa e fisiológica. As alterações no texto da Constituição somente podem e devem ser feitas quando o país está em plena estabilidade jurídica e política, pois caso contrário, a proposta de alteração poderá constituir-se em janela para atentados contra a democracia, as instituições e o Estado de Direito.

É possível a existência de normas constitucionais inconstitucionais e elas podem ter inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais, de leis de alteração da Constituição, de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior, resultante da "mudança de natureza" de normas constitucionais, por infração de direito supralegal positivado e não positivado na Lei Constitucional, por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição e por infração de Direito Constitucional consuetudinário.

As Emendas Constitucionais previstas no artigo 60 da Constituição têm por objetivo a alteração pontual do texto da Carta Magna e não de maneira tão ampla como vem ocorrendo, até porque o mecanismo adequado para a modificação mais abrangente é a revisão e não a emenda. Além disso, entendemos que as alterações que vêm sendo feitas são amplas o suficiente para modificar a vontade do Constituinte Originário, isto porque algumas delas alteraram na íntegra os sistemas vigentes, como por exemplo, a da previdência, a do Poder Judiciário e, agora, a que propõe a alteração do sistema tributário, somente para citar algumas. Isto sem falar na enorme profusão de emendas que, por menos que alterem, resultam, no conjunto, em alteração de grande parte do texto original.

Por outro lado, sabemos ser impossível a realização de nova revisional com base no artigo 3º do ADCT da CF/88, porque ele foi uma norma transitória com tempo pré-definido e que se esgotou. O nosso Constituinte Originário cometeu um erro em não prever a possibilidade de revisões constitucionais periódicas de tempos em tempos, a exemplo do que ocorre com a Constituição portuguesa, como forma constante de modificação do texto, incidindo na sua parte material.

Assim, entendemos que aí reside um problema que precisa ser solucionado, até como forma de possibilitar maior estabilidade ao texto constitucional, pois a rigidez que está nele contida não tem sido suficiente para evitar a alta profusão de modificações. É certo que as constituições não podem ser imutáveis, como já dissemos, mas também não podem ser alvo de tantas e tão constantes alterações.

Como solução para este problema, cremos que seja possível efetuar uma Emenda Constitucional que preveja no ADCT da CF a possibilidade de realização de uma constituinte revisional exclusiva que seria eleita pelo povo com esta finalidade. Assim se devolve ao titular do Poder Constituinte Originário a competência para eleger quem fará a revisão e em que termos.

Esta eleição poderia ser exclusiva para a revisional ou aproveitando a eleição ordinária para atribuir aos eleitos, além das competências normais, a competência para a revisão da Constituição. Particularmente defendo que a última alternativa é a mais adequada e racional, até do ponto de vista de economicidade do processo, financeiramente.

No entanto, a revisional não poderia modificar as Cláusulas Pétreas e os Direitos e Garantias Fundamentais contidas no texto da Carta Magna, sob pena de inconstitucionalidade, até porque uma revisão constitucional não significa uma nova Constituinte. O Constituinte Revisional é um Constituinte Reformador e, como tal, está limitado pelo Constituinte Originário. Assim, nessa revisão seria possível a inserção de dispositivo similar ao da Constituição portuguesa que possibilita a revisão de tempos em tempos como forma de adequação do texto ao "espírito do tempo".

Outra questão formal que entendemos deverá ser observada é quanto ao *quorum* de aprovação das proposições na Constituinte Revisional o qual defendemos que deva ser o mesmo previsto para as emendas no artigo 60 da CF, até para que não se diga que a revisional seria burla àquele, ou seja, um *quorum* de 3/5 dos integrantes da Constituinte.

Por fim, a PEC que prevê a reforma tributária traz, sem dúvida, alguns avanços importantes, mas apresenta pontos que, a nosso ver, são inconstitucionais por ferirem o pacto federativo, a autonomia dos Estados, os direitos e garantias individuais dos contribuintes e independência e harmonia entre os Poderes. Estas inconstitucionalidades são matérias expressas e implícitas no texto constitucional e precisam ser melhor debatidas para que os vícios de inconstitucionalidades sejam sanados ainda no Congresso, pois também é competência deste exercer o controle de constitucionalidade. Sobre as inconstitucionalidades em matéria tributária, o Prof. Roque Carrazza já disse que: "O interesse arrecadatário do Fisco é a mãe de todas as inconstitucionalidades"⁸¹.

Assim, acreditamos ter podido responder às questões que nos propusemos inicialmente, concluindo que a nossa Carta Magna não pode continuar a ser alterada de maneira tão freqüente e profunda como tem sido, porque isto, em nossa opinião, fere a vontade do Constituinte Originário e não atende aos interesses da Nação.

⁸¹ CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. São Paulo, SP: Malheiros, 1994. p. 5.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre, RS: Sérgio Antônio Fabris, 2000.
- ARAUJO, Alexandre Bleggi. Imposto sobre Serviços (ISS): Inconstitucionalidade das limitações ao poder de tributar municipal impostas pela Emenda Constitucional n. 37/02. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, SP, n. 91, p. 20, abr. 2003.
- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra, Portugal: Atlântida, 1977.
- BOBBIO, Norberto. *Estudos Sobre Hegel*. 2ª ed. São Paulo: Unesp, 1991.
- BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo, SP: Saraiva, 1997.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. Malheiros. São Paulo, SP. 1994.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2008.
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. 19ª ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2002.
- COELHO, João Gilberto Lucas. *A Nova Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 1991.
- _____. A nova ordem constitucional brasileira e os debates sobre reformas. *Revista Indicadores Econômicos, FEE*, v. 23, n. 3, 1995.

COELHO, João Gilberto Lucas. O Brasil de muitas constituições. In: *O Processo Constituinte 1987-1988*. Brasília, DF: AGIL-UnB, 1988.

CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. *Constituição Federal Interpretada pelo STF*. 7ª ed. São Paulo, SP: Juarez de Oliveira, 2002.

DUSO, Giuseppe (Org.). *O Poder: História da Filosofia Política Moderna*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

FEDERAÇÃO Nacional do Fisco Estadual e Distrital - FENAFISCO. *Reforma Tributária, 2008*.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: SP: Saraiva, 2002.

_____. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo, SP: Saraiva, 1992.

FAMURS. (Org.). Diversos autores. *Guia do Administrador Municipal: orientações e procedimentos para uma gestão eficiente*. Porto Alegre, RS: Mercado Aberto/FAMURS, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Alterações Constitucionais e Limites do Poder de Reforma*. São Paulo, SP: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. Confederação Nacional de Municípios. *Revista Época*, n. 413, 17 abr. 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris, 1997. [Reimpressão 2002].

HEGEL, Friederich G. W. *Principios de La Filosofía del Derecho*. Barcelona, Espanha: Edhasa, 1988.

_____. *Princípios da filosofia do direito*. 2ª ed. § 260. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo, SP: Ícone, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Porto Alegre, RS: Villa Marha, 1980.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1993.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 14ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1998.

MACHADO, Regina Helena. *Reforma do Estado ou Reforma da Constituição?* Rio de Janeiro, RJ: Lumen Júris, 2001.

MAIDA, Fernando. O Impacto da Reforma Tributária no Federalismo Brasileiro. In: *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4575>>. Acesso em: 23 mai 2008.

MARINI, Ruy Mauro. Possibilidades e Limites da Assembléia Constituinte. In: *Constituinte e Democracia no Brasil Hoje*. Sader Emir (Org.) São Paulo, SP: Brasiliense, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1996.

MELLO, Adriana Krieger de. Limites ao Poder de Reforma da Constituição. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado RS*, v. 30, n. 63, jan./jun. 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, Tomo II, 1991.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Reforma Tributária*. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/fiquePorDentro/Temasatuais/reforma_tributaria/Cartilha-Reforma-Tributaria.pdf/view>. Acesso em: 26 mai. 2008.

MORRIS, Clarence (Org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo. SP: Martins Fontes, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2004.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro, RJ: Impetus, 2003.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*. 3ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001.

PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 3. São Paulo, SP: Saraiva, 1992.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. Salvador, BA: Progresso, 1954.

SERPA, José Hermílio Ribeiro. *Direito Constitucional Interdisciplinar*. Porto Alegre, RS: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2000.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000.

SOUZA, Francisco Pereira de. *Hegel e a Representação Política*. Maceió, AL: Edufal, 2003.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto Alegre, RS: Sagra Luzzatto, 2002.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo, SP: Malheiros, 2000.

VERONESE, Osmar. *Constituição – Reformar para que(m)?* Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 1999.

WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano*. Porto Alegre, RS: Edipucrs, 1999.

ANEXO I - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Altera o Sistema Tributário Nacional e dá
outras providências.

Art. 1º A Constituição passa a vigorar com os seguintes artigos alterados e acrescidos:

“Art. 34.....
.....

V.....

c) reter parcela do produto da arrecadação do imposto previsto no art. 155-A, devida a outra unidade da Federação;

”(NR)

“Art. 36.....
.....

V - no caso do art. 34, V, “c”, de solicitação do Poder Executivo de qualquer Estado ou do Distrito Federal.

(NR)

“Art. 61.
.....

§ 3º A iniciativa da lei complementar de que trata o art. 155-A cabe exclusivamente:

I - a um terço dos membros do Senado Federal, desde que haja representantes de todas as Regiões do país;

II - a um terço dos Governadores de Estado e Distrito Federal ou das Assembléias Legislativas, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros, desde que estejam representadas, em ambos os casos, todas as Regiões do País;

III - ao Presidente da República. (NR)

“Art. 62.
.....

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, VIII, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

.....
 "(NR)

"Art. 105.....

III-

.....
 d) contrariar a lei complementar ou a regulamentação relativas ao imposto a que se refere o art. 155-A, negar-lhes vigência ou lhes der interpretação divergente da que lhes tenha atribuído outro tribunal.

.....
 "(NR)

"Art. 114.....

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

.....
 "(NR)

"Art. 146.....

III-

.....
 d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso dos impostos previstos nos arts. 153, IV e VIII, 155-A, 156, III, e das contribuições previstas no art. 195, I;

.....
 (NR)

"Art. 150.....

§ 1º A vedação do inciso III, "b", não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV, V e VIII; e 154, II; e a vedação do inciso III, "c", não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.

.....
 § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, ressalvado o disposto no art. 155-A, § 4º, I.

.....
 "(NR)

"Art. 151.....

Parágrafo único. A vedação do inciso III não se aplica aos tratados internacionais aprovados na forma do art. 49, I. (NR)

“Art. 153.....
.....

VIII - operações com bens e prestações de serviços, ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior.
.....

§2º.....
III - poderá ter adicionais de alíquota por setor de atividade econômica.
.....

§ 6º O imposto previsto no inciso VIII:

- I - será não-cumulativo, nos termos da lei;
- II - relativamente a operações e prestações sujeitas a alíquota zero, isenção, não-incidência e imunidade, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes, salvo determinação em contrário na lei;
- III - incidirá nas importações, a qualquer título;
- IV - não incidirá nas exportações, garantida a manutenção e o aproveitamento do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;
- V - integrará sua própria base de cálculo.

§ 7º Relativamente ao imposto previsto no inciso VIII, considera-se prestação de serviço toda e qualquer operação que não constitua circulação ou transmissão de bens. (NR)

Seção IV-A

DO IMPOSTO DE COMPETÊNCIA CONJUNTA DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

Art. 155-A. Compete conjuntamente aos Estados e ao Distrito Federal, mediante instituição por lei complementar, o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º O imposto previsto neste artigo:

- I - será não-cumulativo, nos termos da lei complementar;
- II - relativamente a operações e prestações sujeitas a alíquota zero, isenção, não-incidência e imunidade, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes, salvo determinação em contrário na lei complementar;
- III - incidirá também sobre:
 - a) as importações de bem, mercadoria ou serviço, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a finalidade, cabendo o imposto ao Estado de destino da mercadoria, bem ou serviço, nos termos da lei complementar;

b) o valor total da operação ou prestação, quando as mercadorias forem fornecidas ou os serviços forem prestados de forma conexa, adicionada ou conjunta, com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

IV - não incidirá sobre:

a) as exportações de mercadorias ou serviços, garantida a manutenção e o aproveitamento do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

b) o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º;

c) as prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita.

§ 2º As alíquotas do imposto serão definidas da seguinte forma:

I - resolução do Senado Federal, de iniciativa de um terço dos Senadores ou de um terço dos Governadores, aprovada por três quintos de seus membros, estabelecerá as alíquotas do imposto, definindo também a alíquota padrão aplicável a todas as hipóteses não sujeitas a outra alíquota;

II - resolução do Senado Federal, aprovada pela maioria de seus membros, definirá o enquadramento de mercadorias e serviços nas alíquotas diferentes da alíquota padrão, exclusivamente mediante aprovação ou rejeição das proposições do órgão de que trata o § 7º;

III - o órgão de que trata o § 7º poderá reduzir e restabelecer a alíquota aplicável a determinada mercadoria ou serviço, observadas as alíquotas do inciso I;

IV - as alíquotas das mercadorias e serviços poderão ser diferenciadas em função de quantidade e de tipo de consumo;

V - a lei complementar definirá as mercadorias e serviços que poderão ter sua alíquota aumentada ou reduzida por lei estadual, bem como os limites e condições para essas alterações, não se aplicando nesse caso o disposto nos incisos I a III.

§ 3º Relativamente a operações e prestações interestaduais, nos termos de lei complementar:

I - o imposto pertencerá ao Estado de destino da mercadoria ou serviço, salvo em relação à parcela de que trata o inciso II;

II - a parcela do imposto equivalente à incidência de dois por cento sobre o valor da base de cálculo do imposto pertencerá ao Estado de origem da mercadoria ou serviço, salvo nos casos de:

a) operações e prestações sujeitas a uma incidência inferior à prevista neste inciso, hipótese na qual o imposto pertencerá integralmente ao Estado de origem;

b) operações com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, hipótese na qual o imposto pertencerá integralmente ao Estado de destino;

III - poderá ser estabelecida a exigência integral do imposto pelo Estado de origem, hipótese na qual:

a) o Estado de origem ficará obrigado a transferir o montante equivalente ao valor do imposto de que trata o inciso I ao Estado de destino, por meio de uma câmara de compensação entre as unidades federadas;

b) poderá ser estabelecida a destinação de um percentual da arrecadação total do imposto do Estado à câmara de compensação para liquidar as obrigações do Estado relativas a operações e prestações interestaduais.

§ 4º As isenções ou quaisquer incentivos ou benefícios fiscais vinculados ao imposto serão definidos:

I - pelo órgão de que trata o § 7º, desde que uniformes em todo território nacional;

II - na lei complementar, para atendimento ao disposto no art. 146, III, "d", e para hipóteses relacionadas a regimes aduaneiros não compreendidos no regime geral.

§ 5º O imposto terá regulamentação única, sendo vedada a adoção de norma estadual, ressalvadas as hipóteses previstas neste artigo.

§ 6º Cabe à lei complementar:

I - definir fatos geradores e contribuintes;

II - definir a base de cálculo, de modo que o próprio imposto a integre;

III - fixar, inclusive para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações e prestações;

IV - disciplinar o regime de compensação do imposto;

V - assegurar o aproveitamento do crédito do imposto;

VI - dispor sobre substituição tributária;

VII - dispor sobre regimes especiais ou simplificados de tributação, inclusive para atendimento ao disposto no art. 146, III, "d";

VIII - disciplinar o processo administrativo fiscal;

IX - dispor sobre as competências e o funcionamento do órgão de que trata o § 7º, definindo o regime de aprovação das matérias;

X - dispor sobre as sanções aplicáveis aos Estados e ao Distrito Federal e seus agentes, por descumprimento das normas que disciplinam o exercício da competência do imposto, especialmente do disposto nos §§ 3º a 5º;

XI - dispor sobre o processo administrativo de apuração do descumprimento das normas que disciplinam o exercício da competência do imposto pelos Estados e Distrito Federal e seus agentes, bem como definir órgão que deverá processar e efetuar o julgamento administrativo.

§ 7º Compete a órgão colegiado, presidido por representante da União, sem direito a voto, e integrado por representante de cada Estado e do Distrito Federal:

I - editar a regulamentação de que trata o § 5º;

II - autorizar a transação e a concessão de anistia, remissão e moratória, observado o disposto no art. 150, § 6º;

III - estabelecer critérios para a concessão de parcelamento de débitos fiscais;

IV - fixar as formas e os prazos de recolhimento do imposto;

V - estabelecer critérios e procedimentos de controle e fiscalização extraterritorial;

VI - exercer outras atribuições definidas em lei complementar.

§ 8º O descumprimento das normas que disciplinam o exercício da competência do imposto sujeitará, na forma e gradação previstas na lei complementar, a:

I - no caso dos Estados e do Distrito Federal, multas, retenção dos recursos oriundos das transferências constitucionais e seqüestro de receitas;

II - no caso dos agentes públicos dos Estados e do Distrito Federal, multas, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível. (NR)

Seção VI
DA REPARTIÇÃO E DESTINAÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem. (NR)

"Art. 158.....

Parágrafo único.

I - três quartos, nos termos de lei complementar;

"(NR)

"Art. 159. A União destinará:

I - do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os incisos III, IV e VIII do art. 153:

a) trinta e oito inteiros e oito décimos por cento, ao financiamento da seguridade social;

b) seis inteiros e sete décimos por cento, nos termos do art. 239;

c) o percentual definido em lei complementar para:

1. o pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo, o financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás, e o financiamento de programas de infra-estrutura de transportes;

2. o financiamento da educação básica, nos termos do art. 212, §§ 5º e 6º;

II - do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os incisos III, IV, VII e VIII, do art. 153 e dos impostos instituídos nos termos do inciso I do art. 154:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento, ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) ao Fundo de Participação dos Municípios:

1. vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento;

2. um por cento, a ser entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;

c) quatro inteiros e oito décimos por cento ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, segundo diretrizes da Política Nacional de Desenvolvimento Regional, para aplicação em áreas menos desenvolvidas do País, asseguradas a destinação de, no mínimo, noventa e cinco por cento desses recursos para aplicação nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

d) um inteiro e oito décimos por cento ao Fundo de Equalização de Receitas, para entrega aos Estados e ao Distrito Federal.

§ 1º Para efeito de cálculo das destinações estabelecidas neste artigo, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157 e 158, I.

§ 2º Para efeito de cálculo das destinações a que se refere o inciso II do *caput* deste artigo, excluir-se-ão da arrecadação dos impostos as destinações de que trata o inciso I do *caput* deste artigo.

§ 3º Do montante de recursos de que trata o inciso II, "d", que cabe a cada Estado, setenta e cinco por cento serão entregues diretamente ao próprio Estado e vinte e cinco por cento aos respectivos Municípios, observados os critérios a que se refere o art. 158, parágrafo único.

§ 4º A União entregará vinte e nove por cento da destinação de que trata o inciso I, "c", 1, do *caput* deste artigo, a Estados, Distrito Federal e Municípios, para aplicação em infra-estrutura de transportes, distribuindo-se, na forma da lei, setenta e cinco por cento aos Estados e Distrito Federal e vinte e cinco por cento aos Municípios." (NR)

"Art. 160.....
.....

1º A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:

I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;

II - ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

§ 2º A vedação prevista neste artigo não impede a União de efetuar a retenção de transferência na hipótese de que trata o art. 155-A, § 8º, I. (NR)

"Art. 161.....

I - estabelecer os critérios de repartição das receitas para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I;

II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, II, "a", "b" e "d", especialmente sobre seus critérios de rateio, objetivando promover o equilíbrio sócio- econômico entre Estados e entre Municípios;

.....
IV - estabelecer normas para a aplicação e distribuição dos recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, os quais observarão a seguinte destinação:

a) no mínimo sessenta por cento do total dos recursos para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

b) aplicação em programas voltados ao desenvolvimento econômico e social das áreas menos desenvolvidas do País;

c) transferências a fundos de desenvolvimento dos Estados e do Distrito Federal, para aplicação em investimentos em infra-estrutura e incentivos ao setor produtivo, além de outras finalidades estabelecidas na lei complementar.

§ 1º O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos a que alude o inciso II.

§ 2º Na aplicação dos recursos de que trata o inciso IV do *caput* deste artigo, será observado tratamento diferenciado e favorecido ao semi-árido da Região Nordeste.

§ 3º No caso das Regiões que contem com organismos regionais, a que se refere o art. 43,

§ 1º, II, os recursos destinados nos termos do inciso IV, "a" e "b", do *caput* deste artigo serão aplicados segundo as diretrizes estabelecidas pelos respectivos organismos regionais.

§ 4º Os recursos recebidos pelos Estados e pelo Distrito Federal nos termos do inciso IV, "c", do *caput* não serão considerados na apuração da base de cálculo das vinculações constitucionais. (NR)

"Art. 167.....
.....

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I e

II, §§ 8º e 12, e da destinação de que trata o § 13, I, do mesmo artigo, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

.....
§ 4º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155, 155-A e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta. (NR)

"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, da destinação estabelecida no art. 159, I, "a", e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

.....
§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar.

§ 12. Nos termos de lei, a agroindústria, o produtor rural pessoa física ou jurídica, o consórcio simplificado de produtores rurais, a cooperativa de produção rural e a associação desportiva podem ficar sujeitos a contribuição sobre a receita, o faturamento ou o resultado de seus negócios, em substituição à contribuição de que trata o inciso I do *caput*, hipótese na qual não se aplica o disposto no art. 149, § 2º, I.

§ 13. Lei poderá estabelecer a substituição parcial da contribuição incidente na forma do inciso I do *caput* deste artigo por um aumento da alíquota do imposto a que se refere o art. 153, VIII, hipótese na qual:

I - percentual do produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 153, VIII, será destinado ao financiamento da previdência social;

II - os recursos destinados nos termos do inciso I não se sujeitarão ao disposto no art. 159. (NR)

“Art. 198.....
.....

§ 2º.....
.....

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 155 e 155-A e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, II, “a” e “d”, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, II, “b”, 1, e “d”, e § 3º.

.....
” (NR)

“Art. 212.....

§ 1º Para efeito do cálculo previsto neste artigo:

I - a parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada receita do governo que a transferir;

II - são deduzidas da arrecadação dos impostos da União a que se refere o inciso I do art. 159 as destinações de que trata o referido inciso.

.....
§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a destinação de que trata o art. 159, I, “c”, 2.

§ 6º As cotas estaduais e municipais da destinação a que se refere o § 5º serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (NR)

“Art. 239. A arrecadação decorrente da contribuição das pessoas jurídicas de direito público, de que trata a Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, e a destinação estabelecida no art. 159, I, “b”, financiarão, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo.

.....
” (NR)

Art. 2º Os artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a seguir enumerados, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 60.....
.....

II - os Fundos referidos no inciso I do *caput* deste artigo serão constituídos por vinte por cento dos recursos a que se referem os incisos I e III do art. 155; o art. 155-A; os incisos II, III e IV do *caput* do art. 158; e as alíneas "a", "b", 1, e "d", do inciso II do *caput* do art. 159, todos da Constituição, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição;

.....
 § 5º.....

I - no caso do imposto e das transferências constantes do art. 155-A; do inciso IV do *caput* do art. 158; e das alíneas "a", "b", 1, e "d", dos incisos II do *caput* do art. 159 da Constituição:

.....
 II - no caso dos impostos e transferências constantes dos incisos I e III do *caput* do art. 155; e dos incisos II e III do *caput* do art. 158 da Constituição:

.....
 " (NR)

.....
 "Art. 76.....

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não alterará a base de cálculo das destinações a que se referem os arts. 153, § 5º; 157; 158, I e II; e 159, I, "c", 2, e II, da Constituição.

§ 2º Para efeito do cálculo das deduções de que trata o art. 212, § 1º, II, da Constituição, considerar-se-ão, durante a vigência deste artigo, oitenta por cento da destinação a que se refere o art. 159, I, "c", 2, da Constituição." (NR)

Art. 3º O imposto de que trata o art. 155, II, da Constituição vigorará até 31 de dezembro do sétimo ano subsequente ao da promulgação desta Emenda e observará as regras estabelecidas na Constituição anteriores à presente Emenda, bem como o seguinte:

I - a alíquota do imposto nas operações e prestações interestaduais e nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, serão, respectivamente, em cada um dos seguintes anos subsequentes ao da promulgação desta Emenda:

- a) onze por cento e seis inteiros e cinco décimos por cento, no segundo ano;
- b) dez por cento e seis por cento, no terceiro ano;
- c) oito por cento e cinco por cento, no quarto ano;
- d) seis por cento e quatro por cento, no quinto ano;
- e) quatro por cento e três por cento, no sexto ano;
- f) dois por cento e dois por cento, no sétimo ano;

II - lei complementar poderá disciplinar, relativamente às operações e prestações interestaduais, observada adequação das alíquotas previstas no inciso I, a aplicação das regras previstas no § 3º do art. 155-A da Constituição;

III - quanto ao direito à apropriação do crédito fiscal relativo a mercadorias destinadas ao ativo permanente, observado o disposto na Lei Complementar nº 87,

de 13 de setembro de 1996, dar-se-á, a partir de 1º de janeiro de cada um dos seguintes anos subseqüentes ao da promulgação desta Emenda:

- a) em quarenta e quatro meses, do segundo ano;
- b) em quarenta meses, do terceiro ano;
- c) em trinta e dois meses, do quarto ano;
- d) em vinte e quatro meses, do quinto ano;
- e) em dezesseis meses, do sexto ano;
- f) em oito meses, do sétimo ano.

Parágrafo único. Em relação aos créditos fiscais de que trata o inciso III do *caput* deste artigo, relativos a mercadorias adquiridas em exercícios anteriores, a cada mudança de prazo, a apropriação do crédito passará a ser efetuada à razão do novo prazo estabelecido, na forma a ser disciplinada na lei complementar.

Art. 4º As vedações do art. 150, III, "b" e "c", da Constituição não se aplicam ao imposto a que se refere o seu art. 155-A, até o prazo de dois anos contados do início da sua exigência.

Parágrafo único. Durante o prazo de que trata o *caput*, a norma que implique majoração do imposto somente produzirá efeitos depois de decorridos trinta dias de sua publicação.

Art. 5º Lei complementar definirá fonte e montante adicional de recursos a serem destinados ao Fundo de Equalização de Receitas de que trata o art. 159, II, "d", da Constituição.

§ 1º Do início de sua vigência até o oitavo ano subseqüente ao da promulgação desta emenda, o Fundo de Equalização de Receitas deverá ter seus recursos distribuídos de forma decrescente por critérios vinculados às exportações e de forma crescente para compensar a eventual redução de arrecadação dos Estados e do Distrito Federal em decorrência de alterações introduzidas por esta emenda em relação ao imposto a que se refere o art. 155, II, da Constituição e à substituição deste pelo imposto de que trata o seu art. 155-A.

§ 2º Em relação ao imposto de que trata o art. 155-A da Constituição, não serão consideradas reduções de arrecadação aquelas que sejam passíveis de recomposição, pelo próprio Estado ou Distrito Federal, mediante uso da faculdade prevista no art. 155-A, § 2º, V, da Constituição.

§ 3º No período de que trata o § 1º, os Estados e o Distrito Federal que apresentarem redução da arrecadação do imposto de que trata o art. 155, II, da Constituição em decorrência de alterações introduzidas por esta emenda não receberão transferências do Fundo de Equalização de Receitas em valor inferior ao que receberam no primeiro ano subseqüente ao da promulgação desta emenda, considerando os valores recebidos nos termos do art. 159, II, da Constituição e do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como de eventuais auxílios financeiros prestados pela União para fomento às exportações.

§ 4º Do nono ao décimo quinto ano subseqüente ao da promulgação desta emenda, os Estados e o Distrito Federal não receberão transferências do Fundo de

Equalização de Receitas em montante inferior ao recebido no oitavo ano subsequente ao da promulgação desta emenda.

§ 5º Não terão direito aos recursos do Fundo de Equalização de Receitas o Distrito Federal e os Estados que não implementarem as medidas decorrentes do cumprimento no disposto o art. 37, XXII, da Constituição, concernentes à emissão eletrônica de documentos fiscais, à escrituração fiscal e contábil, por via de sistema público de escrituração digital, nos prazos definidos na lei complementar de que trata o *caput* deste artigo.

§ 6º O Poder Executivo da União encaminhará projeto da lei complementar de que trata este artigo no prazo até de cento e oitenta dias da promulgação desta emenda.

§ 7º Até que entre em vigor a lei complementar de que trata este artigo, os recursos do Fundo de Equalização de Receitas serão distribuídos aos Estados e ao Distrito Federal proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados, sendo que a nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do total.

Art. 6º Até a fixação por lei complementar dos percentuais de destinação a que se refere o art. 159, I, c, da Constituição, são fixados os seguintes percentuais:

- I - dois inteiros e cinco décimos por cento, em relação ao item 1;
- II - dois inteiros e três décimos por cento, em relação ao item 2.

§ 1º A soma dos percentuais a que se refere o *caput* deste artigo, quando fixados pela lei complementar, não poderá ultrapassar quatro inteiros e oito décimos por cento.

§ 2º O percentual de que trata o inciso II do *caput* deste artigo deverá ser revisto, caso se verifique que restou inferior ao da razão entre a arrecadação da contribuição social do salário-educação, no último exercício de sua vigência, e o somatório das arrecadações dos impostos de que trata o art. 153, III e IV, da Constituição, das contribuições sociais para o financiamento da seguridade social (COFINS), para o Programa de Integração Social (PIS) e sobre o lucro líquido (CSLL), da contribuição de que trata o art. 177, § 4º, da Constituição, e da própria contribuição social do salário-educação, hipótese em que deverá ser reajustado, por lei complementar, com vistas a observar o percentual verificado no último exercício de vigência da contribuição social do salário educação.

Art. 7º O percentual da destinação de recursos ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, a que se refere o art. 159, II, "c", da Constituição, será aumentado gradativamente até atingir o percentual estabelecido pela presente emenda, nos seguintes termos, em cada um dos anos subsequentes ao da promulgação desta emenda:

- I - quatro inteiros e dois décimos por cento, no segundo ano;
- II - quatro inteiros e três décimos por cento, no terceiro ano;
- III - quatro inteiros e quatro décimos por cento, no quarto ano;
- IV - quatro inteiros e cinco décimos por cento, no quinto ano;
- V - quatro inteiros e seis décimos por cento, no sexto ano;

- VI - quatro inteiros e sete décimos por cento, no sétimo ano;
- VII - quatro inteiros e oito décimos por cento, no oitavo ano.

§ 1º Até que seja editada a lei complementar que regulamenta o disposto no art. 161, IV, da Constituição, os recursos a que se refere o *caput* serão aplicados nas seguintes condições:

I - setenta e dois inteiros e nove décimos por cento em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, por meio de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, nos termos da Lei no 7.827, de 27 de setembro de 1989;

II - dezesseis inteiros e dois décimos por cento por meio do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste, nos termos da Medida Provisória no 2.156-5, de 24 de agosto de 2001;

III - dez inteiros e nove décimos por cento por meio do Fundo de Desenvolvimento da Amazônia, nos termos da Medida Provisória no 2.157-5, de 24 de agosto de 2001.

§ 2º O percentual mínimo de que trata o art. 161, IV, "a", da Constituição será reduzido gradativamente até atingir o valor estabelecido na presente emenda, nos seguintes termos, em cada um dos anos subseqüentes ao da promulgação desta emenda:

- I - oitenta por cento, no segundo ano;
- II - setenta e seis por cento, no terceiro ano;
- III - setenta e dois por cento, no quarto ano;
- IV - sessenta e oito por cento, no quinto ano;
- V - sessenta e quatro por cento, no sexto ano;
- VI - sessenta e dois por cento, no sétimo ano;
- VII - sessenta por cento, no oitavo ano.

§ 3º A destinação mínima às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste dos recursos de que trata o art. 159, II, "c", da Constituição será reduzida gradativamente até atingir o valor estabelecido na presente emenda, nos seguintes termos, em cada um dos anos subseqüentes ao da promulgação desta emenda:

- I - noventa e nove por cento, no segundo ano;
- II - noventa e oito por cento, no terceiro ano;
- III - noventa e sete por cento, no quarto ano;
- IV - noventa e seis por cento, no quinto ano;
- V - noventa e cinco por cento, no sexto ano.

§ 4º A referência à Região Nordeste nos dispositivos que tratam do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional inclui as áreas abrangidas pela regulamentação do art. 159, I, "c", da Constituição, na redação anterior à presente emenda.

Art. 8º A contribuição para o salário-educação, de que trata o art. 212, § 5º, da Constituição, será extinta em 1º de janeiro do segundo ano subseqüente ao da promulgação desta emenda.

Art. 9º Lei complementar poderá estabelecer limites e mecanismos de ajuste da carga tributária relativa aos impostos de que tratam os arts. 153, III e VIII, e 155-

A, da Constituição relativamente aos exercícios em que forem implementadas as alterações introduzidas por esta emenda.

Art. 10. As unidades da Federação que vierem a instituir benefícios ou incentivos fiscais em desacordo com o previsto no art. 155, § 2º, XII, "g", da Constituição não terão direito, enquanto vigorar o benefício ou incentivo, à transferência de recursos:

- I - do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;
- II - do Fundo de Equalização de Receitas; e
- III - do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional para os fundos de desenvolvimento dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do art. 161, IV, "c", da Constituição.

Art. 11. Lei definirá reduções gradativas da alíquota da contribuição social de que trata o art. 195, I, da Constituição, a serem efetuadas do segundo ao sétimo ano subsequente ao da promulgação desta emenda.

Parágrafo único. O Poder Executivo da União encaminhará projeto da lei de que trata este artigo no prazo de noventa dias da promulgação desta emenda.

Art. 12. As alterações introduzidas por esta emenda produzirão efeitos:

I - a partir de 1º de janeiro do segundo ano subsequente ao da promulgação desta emenda, em relação às alterações dos arts. 146, 153, 157, 159, 167, 195, 198, 212 e 239 da Constituição e arts. 60 e 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

II - a partir de 1º de janeiro do oitavo ano subsequente ao da promulgação desta Emenda, em relação à introdução do art. 155-A da Constituição.

§ 1º As remissões no texto da Constituição ao seu art. 159 que foram alteradas por esta Emenda mantêm seus efeitos até o prazo de que trata o inciso I do *caput* deste artigo.

§ 2º As remissões no texto da Constituição ao seu art. 155, II, que foram alteradas por esta Emenda mantêm seus efeitos enquanto perdurar a exigência do imposto de que trata o referido dispositivo.

Art. 13. Ficam revogados os seguintes dispositivos constitucionais:

I - a partir de 1º de janeiro do segundo ano subsequente ao da promulgação desta Emenda:

- a) o § 3º do art. 155;
- b) os incisos I e II do art. 157;
- c) o § 4º do art. 177;
- d) as alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e o inciso IV do art. 195;
- e) o § 4º do art. 239;
- f) o art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

II - a partir de 1º de janeiro do oitavo ano subsequente ao da promulgação desta Emenda:

- a) o inciso II e os §§ 2º, 4º e 5º do art. 155;
- b) o § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 14. Esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília,

E.M. nº 00016/MF

Em 26 de fevereiro de 2008.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à apreciação de Vossa Excelência a inclusa Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.

Os objetivos principais da Proposta são: simplificar o Sistema Tributário Nacional, avançar no processo de desoneração tributária e eliminar distorções que prejudicam o crescimento da economia brasileira e a competitividade de nossas empresas, principalmente no que diz respeito à chamada "guerra fiscal" entre os Estados. Adicionalmente, a Proposta amplia o montante de recursos destinados à Política Nacional de Desenvolvimento Regional e introduz mudanças significativas nos instrumentos de execução dessa Política. Com estas mudanças, pretende-se instituir um modelo de desenvolvimento regional mais eficaz que a atração de investimentos através do recurso à "guerra fiscal", que tem se tornado cada vez menos funcional, mesmo para os Estados menos desenvolvidos.

Para alcançar esses objetivos, a presente Proposta de Emenda à Constituição introduz uma série de mudanças na estrutura de tributos da União e dos Estados, as quais são descritas a seguir.

No caso da União, propõe-se uma grande simplificação, através da consolidação de tributos com incidências semelhantes. Neste sentido, propõe-se a unificação de um conjunto de tributos indiretos incidentes no processo de produção e comercialização de bens e serviços, a saber: a contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS), a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e a contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às

atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível (CIDE-Combustível).

Tal unificação seria realizada através da criação de um imposto sobre operações com bens e prestações de serviços – que, nas discussões sobre a reforma tributária vem sendo denominado de imposto sobre o valor adicionado federal (IVA-F) –, consubstanciada na inclusão do inciso VIII e dos parágrafos 6º e 7º no art. 153 da Constituição, bem como pela revogação dos dispositivos constitucionais que instituem a COFINS (art. 195, I, “b” e IV, e § 12 deste artigo), a CIDE-Combustíveis (art. 177, § 4º) e a contribuição para o PIS (modificações no art. 239).

Além da simplificação resultante da redução do número de tributos, esta unificação tem como objetivo reduzir a incidência cumulativa ainda existente no sistema de tributos indiretos do País. Esta redução da cumulatividade resultaria da eliminação de um tributo que impõe às cadeias produtivas um ônus com características semelhantes ao da incidência cumulativa, a CIDE-Combustíveis, e da correção de distorções existentes na estrutura da COFINS e da contribuição para o PIS, as quais, pelo regime atual, têm parte da incidência pelo regime não-cumulativo e parte pelo regime cumulativo.

Vale destacar que, na regulamentação do IVA-F, será possível desonerar completamente os investimentos, através da concessão de crédito integral e imediato para a aquisição de bens destinados ao ativo permanente. Também será possível assegurar a apropriação de créditos fiscais, atualmente obstados, relativo a bens e serviços que não são diretamente incorporados ao produto final – usualmente chamados de “bens de uso e consumo” –, eliminando assim mais uma importante fonte de cumulatividade remanescente nos tributos indiretos federais.

Como a maior parte da receita do IVA-F provém das extintas contribuições para o PIS e COFINS, que estão sujeitas ao regime de noventena e não à anterioridade, propõe-se que o mesmo grau de restrição atualmente vigente para estas contribuições seja aplicado ao IVA-F, nos termos do art. 62, § 2º e art. 150, § 1º da Constituição.

Outra importante simplificação que está sendo proposta é a incorporação da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) ao imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ), dois tributos que têm a mesma base: o lucro das empresas. Para tanto, propõe-se a revogação da alínea “c” do inciso I do art. 195, da Constituição, sendo que os ajustes decorrentes da incorporação poderão ser feitos através da legislação infraconstitucional que rege o imposto de renda. Faz-se necessário, no entanto, um ajuste nas normas constitucionais relativas ao imposto de renda, de modo a permitir que possam ser cobrados adicionais do IRPJ diferenciados por setor econômico, a exemplo do que hoje já é permitido para a CSLL. Tal ajuste é feito através da inclusão o inciso III no § 2º do art. 153 da Constituição.

Por fim, propõe-se uma importante medida de desoneração da folha de pagamentos dos trabalhadores, mediante a substituição da contribuição social do salário-educação por uma destinação da arrecadação federal. Tal mudança seria feita por meio de alterações nos parágrafos 5º e 6º do art. 212 e no art. 159 da

Constituição. O momento de implementação das mudanças nos tributos federais é oportuno para fazer essa substituição, pois permite que, ao se definir a alíquota do IVA-F, seja considerada a necessidade de suprir a receita da contribuição que está sendo suprimida.

Na mesma linha da desoneração da folha de pagamento, no art. 11 da PEC, prevê-se que a lei estabelecerá reduções gradativas da contribuição patronal sobre a folha, nos anos subseqüentes ao da reforma, devendo o Poder Executivo encaminhar o respectivo projeto de lei no prazo de até 90 dias da promulgação da Emenda.

Atendendo à preocupação com o controle da carga tributária, está previsto, no art. 9º da PEC, que lei complementar poderá estabelecer limites e mecanismos de ajuste da carga tributária do IVA-F e do IR, relativamente aos exercícios em que forem implementadas as alterações propostas.

Ao se simplificar o Sistema Tributário Federal, extinguindo-se várias contribuições, cuja arrecadação passará a ser provida por um novo imposto – o IVA-F -, torna-se necessário definir destinações de receita que restabeleçam o financiamento adequado das atividades às quais estavam vinculados os tributos que foram extintos. A presente proposta prevê a destinação de determinadas porcentagens de uma base ampla de tributos – o imposto de renda (IR), o IVA-F e o imposto sobre produtos industrializados (IPI) – para o financiamento dessas atividades. Tais destinações estão consolidadas no inciso I do art. 159 da Constituição, sendo que todas as porcentagens foram calculadas com base na receita realizada em 2006. As porcentagens das destinações correspondentes às finalidades das extintas contribuição social do salário educação e CIDE-Combustíveis serão fixadas em lei complementar, estabelecendo-se uma regra transitória no art. 6º da PEC, bem como a garantia de que a destinação correspondente à contribuição social do salário educação não resultará em valor inferior à receita desta contribuição no último ano de sua vigência.

Com a introdução dessas novas vinculações à arrecadação dos impostos federais, torna-se também necessário efetuar ajustes no sistema de partilhas das receitas federais com os demais entes da federação. Nesse sentido, foram mantidos inalterados os percentuais previstos para destinação aos diversos fundos de partilha federativa, deduzindo-se da base de cálculo o valor das novas vinculações instituídas. Ou seja, os novos impostos federais passam a arrecadar mais para suprir as fontes das extintas contribuições e, em consequência, as receitas dos impostos destinadas a suprir as finalidades das extintas contribuições são excluídas da base de cálculo das partilhas, mantendo-se a neutralidade no resultado final. Essas partilhas estão consolidadas no art. 159, II, §§ 3º e 4º, da Constituição.

Em função dessa reestruturação, são procedidas também alterações técnicas na vinculação para manutenção e desenvolvimento do ensino, do art. 212 da Constituição, de forma a manter a situação dos recursos destinados para essa finalidade inalterados. Também são propostas, no art. 2º da PEC, alterações no art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de modo que a desvinculação de receitas da União (DRU) mantenha, da mesma forma, inalterados os seus efeitos durante o prazo de sua vigência.

As alterações relacionadas à esfera federal estão previstas para entrar em vigor no segundo ano subsequente ao da aprovação da Proposta de Emenda à Constituição ora apresentada, nos termos disciplinados pelos seus arts. 12, I e 13, I.

No tocante ao imposto de competência estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), tem-se, atualmente, um quadro de grande complexidade da legislação. Cada um dos Estados mantém a sua própria regulamentação, formando um complexo de 27 (vinte e sete) diferentes legislações a serem observadas pelos contribuintes. Agrava esse cenário a grande diversidade de alíquotas e de benefícios fiscais, o que caracteriza o quadro denominado de "guerra fiscal".

Para solucionar essa situação, a proposta prevê a inclusão do art. 155-A na Constituição, estabelecendo um novo ICMS em substituição ao atual, que é regido pelo art. 155, II, da Constituição, o qual resta revogado.

A principal alteração no modelo é que o novo ICMS contempla uma competência conjunta para o imposto, sendo mitigada a competência individual de cada Estado para normatização do tributo. Assim, esse imposto passa a ser instituído por uma lei complementar, conformando uma lei única nacional, e não mais por 27 leis das unidades federadas.

Dada a peculiaridade dessa lei complementar, que vai além da norma geral, fazendo às vezes de lei instituidora do imposto para cada Estado e o Distrito Federal, são propostas, no § 3º do art. 61 da Constituição, regras especiais para a iniciativa dessa norma, que ficará a cargo do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, dos Governadores ou das Assembléias Legislativas, sendo que nessas hipóteses deverão estar representadas todas as Regiões do País. Tal configuração tem o objetivo de prover maior estabilidade à legislação do imposto, que, com isso, estará sujeita a um menor volume de propostas de alteração.

O § 5º do art. 155-A determina que a regulamentação do imposto também será unificada, devendo ser editada, nos termos do § 7º do mesmo artigo, por um órgão colegiado dos Estados e do Distrito Federal. Esse órgão está delineado nos moldes do atual Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz); assim, passaremos a denominá-lo, para efeito de simplificação de sua remissão, de novo Confaz.

Mais uma vez, em função da peculiaridade do modelo proposto, com suas regras nacionais sendo aplicáveis diretamente pelos Estados e julgadas nas respectivas justiças estaduais, prevê-se alteração no art. 105 da Constituição, conferindo-se ao Superior Tribunal de Justiça a competência para o tratamento das divergências entre os Tribunais estaduais na aplicação da lei complementar e da regulamentação do novo ICMS.

O § 1º do art. 155-A, em seu inciso I, define que o imposto será não-cumulativo, cabendo a lei complementar delinear os termos da aplicação dessa não-cumulatividade, sendo que o inciso II já estabelece que não implicarão crédito do imposto as operações e prestações que não forem objeto de gravame do tributo.

Na esteira do ICMS atual, o inciso III do § 1º estabelece para o novo ICMS a incidência sobre as importações. É prevista também a incidência do novo ICMS sobre os serviços não sujeitos ao ISS que sejam prestados conjuntamente com operações e prestações sujeitas ao ICMS, evitando-se fugas de tributação das imposições estaduais e municipais.

Também em consonância com as regras estabelecidas para o atual ICMS, no inciso IV do § 1º, são previstas as seguintes imunidades: para as exportações, com a garantia de manutenção e o aproveitamento do crédito fiscal do imposto; para o ouro, quando negociado como ativo financeiro; e para as prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita.

O § 2º do art. 155-A disciplina o sistema de definição das alíquotas do imposto.

No geral, as alíquotas do novo ICMS serão limitadas àquelas definidas pelo Senado Federal, que deverá estabelecer as alíquotas em que serão enquadráveis os bens e serviços, definindo, dentre elas, aquela que será a alíquota padrão do imposto, aplicável a todas as hipóteses não sujeitas a outra alíquota especial. Caberá ao novo Confaz propor ao Senado Federal o enquadramento de bens e serviços nas alíquotas diferentes do padrão. O Senado aprovará ou rejeitará as proposições, aplicando-se a alíquota padrão para as propostas rejeitadas.

A proposta prevê que a lei complementar definirá mercadorias e serviços que poderão ter sua alíquota aumentada ou reduzida por lei estadual, bem como os limites e condições para essas alterações. Essa previsão resguarda um espaço de autonomia para os Estados terem gerência sobre o tamanho de suas receitas, preservando um poder de recomposição de arrecadação que será importante na transição do modelo, evitando a necessidade de se estabelecer as alíquotas pelo topo.

No mesmo sentido, o art. 4º prevê a não aplicação dos princípios da anterioridade e da noventena ao novo ICMS, excepcionalmente nos dois primeiros anos de sua implementação. Tal medida se justifica em função da magnitude das mudanças a serem levadas a efeito, permitindo, de forma excepcional, uma capacidade de reação mais célere dos Entes na hipótese de um declínio abrupto e inesperado de suas receitas. Assegurando-se um período mínimo de não-surpresa aos contribuintes, está previsto um prazo de 30 dias para eventuais alterações de legislação que impliquem majoração do imposto nesse período.

Ainda na linha de estabelecer segurança para os Estados na transição do modelo, é criado um Fundo de Equalização de Receitas (FER), a ser regulamentado por lei complementar, e financiado por uma vinculação de recursos (art. 159, II, "d" da Constituição) que substitui a parcela de 10% do IPI atualmente transferida aos estados proporcionalmente à exportação de produtos industrializados, além de outros recursos definidos na lei complementar.

No art. 5º da PEC, estabelece-se que recursos do FER deverão ser utilizados de forma decrescente para a compensação dos Estados pela desoneração das

exportações e de forma crescente para a equalização dos efeitos da Reforma Tributária.

O objetivo dessa proposta é permitir que os Estados que ganham com a mudança possam contribuir parcialmente para a compensação dos eventuais perdedores, havendo a garantia de que, em nenhuma hipótese, serão reduzidas as transferências do FER para Estados que tenham perda de receita do ICMS em decorrência da Reforma. Os Estados que vierem a dar continuidade a políticas de renúncia de receitas no âmbito da guerra fiscal não terão direito aos recursos do FER, nos termos do art. 10 da PEC, sujeitando-se também à interrupção do recebimento de transferência dos recursos do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional.

Atentando para a questão do controle da carga tributária, está previsto, no art. 9º da PEC, tal como para a transição dos tributos federais, que lei complementar poderá estabelecer limites e mecanismos de ajuste da carga tributária do ICMS, relativamente aos exercícios em que forem implementadas as alterações propostas.

O § 3º do art. 155-A estabelece que nas operações e prestações interestaduais, o imposto pertencerá preponderantemente ao Estado de destino da mercadoria ou serviço, ficando o equivalente à incidência de 2% do imposto para o Estado de origem. Caberá a lei complementar definir a forma como será tecnicamente manejado o modelo para que esse princípio seja atendido. Entretanto, em vista de que exige condições bastante especiais para sua execução, são propostos comandos que permitem à lei complementar estabelecer a exigência do imposto pelo Estado de origem das mercadorias e serviços, por meio de um modelo de câmara de compensação entre as unidades federadas.

Na mesma linha de prover o sistema normativo de medidas que permitam a boa aplicação de possíveis modelos a serem definidos em lei complementar para aplicação do princípio do destino no novo ICMS, é proposta a regra a ser inserida no art. 34 da Constituição, prevendo hipótese de intervenção federal na unidade federada que reter parcela do novo ICMS devido a outra unidade da Federação. A inserção de dispositivo no art. 36 da Constituição prevê que a proposição de tal intervenção ficará a cargo do Poder Executivo de qualquer Estado ou do Distrito Federal.

O § 4º do art. 155-A determina que as isenções ou quaisquer incentivos ou benefícios fiscais vinculados ao imposto serão definidos pelo novo Confaz e deverão ser uniformes em todo território nacional, salvo no caso de hipóteses relacionadas aos regimes especiais de micro e pequenas empresas e a regimes aduaneiros especiais, as quais poderão ser definidas em lei complementar. A alteração no § 6º do art. 150 da Constituição estabelece a exceção da edição de tais benefícios fiscais pelo novo Confaz, tornando desnecessária a edição de norma autônoma do Estado para tratar dessa matéria.

O § 6º do art. 155-A define que caberá a lei complementar estabelecer grande parte do arcabouço normativo do novo ICMS, dispondo sobre fatos geradores e contribuintes; base de cálculo, de modo que o próprio imposto a integre; local das operações e prestações; regime de compensação do imposto; garantia do

aproveitamento do crédito do imposto; substituição tributária; regimes especiais ou simplificados de tributação; processo administrativo fiscal; competências e o funcionamento do novo Confaz; sanções aplicáveis aos Estados e ao Distrito Federal e seus agentes, por descumprimento das normas que disciplinam o exercício da competência do imposto e o respectivo processo de apuração dessas infrações.

O § 7º do art. 155-A define que compete ao novo Confaz, além de editar a regulamentação do novo ICMS, autorizar a transação e a concessão de anistia, remissão e moratória, a serem definidas em leis estaduais ou distrital; estabelecer critérios para a concessão de parcelamento de débitos fiscais; fixar as formas e os prazos de recolhimento do imposto; estabelecer critérios e procedimentos de controle e fiscalização extraterritorial; e exercer outras atribuições definidas em lei complementar.

No § 8º do art. 155-A são definidas as sanções que serão aplicáveis aos Estados, ao Distrito Federal e aos agentes públicos desses entes em função do descumprimento das normas que disciplinam o exercício da competência do novo ICMS.

Nos termos do art. 12, II, da PEC, o novo ICMS somente vigorará a partir de 1º de janeiro do 8º (oitavo) ano subsequente ao da promulgação da Emenda. O art. 3º, I da PEC estabelece que nesse período de transição o atual ICMS terá suas alíquotas interestaduais gradativamente reduzidas, aproximando-se da aplicação da preponderância do princípio do destino que norteará o novo ICMS. Nesse período, poderão ser aplicadas ao atual ICMS, pela via da lei complementar, as regras para a cobrança na origem que serão definitivas no novo ICMS, de forma a evitar problemas de ordem econômica e de evasão fiscal que a aplicação pura e simples das alíquotas pode ensejar.

O art. 3º, III da PEC também estabelece uma gradativa redução do prazo de apropriação dos créditos de ICMS de mercadoria destinadas ao ativo permanente, equacionando o modelo preconizado originalmente na Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, e alterações, cuja implementação vem sendo adiada sistematicamente.

A proposta prevê, para enfrentamento das desigualdades regionais, a instituição do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional (FNDR), de que trata o art. 161, IV da Constituição, que permitirá a coordenação da aplicação dos recursos da Política de Desenvolvimento Regional, introduzindo um importante aprimoramento nas políticas atualmente praticadas. Haverá ampliação do montante de recursos destinados à Política de Desenvolvimento Regional, com a destinação ao FNDR, nos termos do art. 159, II, "c" da Constituição, de montante equivalente a 4,8% da receita de IR e IPI, considerando o modelo de partilha hoje vigente.

Também está prevista uma ampliação do escopo da Política de Desenvolvimento Regional, por meio da possibilidade de aplicação de até 5% dos recursos nas regiões menos desenvolvidas das regiões Sul e Sudeste, garantindo-se assim a ampliação do montante de recursos da PDR para todas as regiões.

A proposta garante também que pelo menos 60% dos recursos do FNDR serão aplicados em financiamentos ao setor produtivo, através dos instrumentos atualmente existentes, visando a evitar a descontinuidade do modelo já implementado.

Por outro lado, a proposta prevê a criação de novos instrumentos para a alocação dos recursos do FNDR, permitindo que haja aplicação de recursos em investimentos estruturantes, que deverão observar diretrizes estabelecidas pelas superintendências regionais e pelo Ministério da Integração Nacional (art. 161, IV, "b" e § 3º). Complementando o desenho da nova política, a proposta contempla que os recursos do FNDR poderão ser transferidos diretamente para fundos de desenvolvimento estaduais, para alocação em investimentos estruturantes ou apoio ao setor produtivo, permitindo que se busquem sempre as formas mais eficientes para atingir os objetivos de desenvolvimento econômico e social (art. 161, IV, "c" e § 4º).

A nova Política de Desenvolvimento Regional substituirá com grandes vantagens a utilização da guerra fiscal como instrumento de desenvolvimento. Para evitar mudanças bruscas no modelo atual, propõe-se que sua introdução seja feita de forma gradual, nos termos do art. 7º da PEC.

Também em linha com o objetivo de melhorar o modelo federativo brasileiro, propõe-se, mediante alteração do parágrafo único do art. 158, que o critério de partilha municipal da parcela de ICMS atualmente transferida com base no valor adicionado passe a ser definido por lei complementar. Trata-se de mudança importante introduzida na proposta a partir de demanda de entidades municipalistas de caráter nacional, que encontra fundamento nos grandes desequilíbrios na distribuição dos recursos entre os Municípios, beneficiando desproporcionalmente aqueles onde estão localizadas grandes unidades industriais, em detrimento dos demais.

As demais alterações dizem respeito principalmente a ajustes nas remissões ao texto constitucional decorrentes das mudanças que estão sendo introduzidas pela presente proposta.

Por todos os motivos aduzidos, encaminho proposta de Reforma Tributária que objetiva estimular a atividade econômica e a competitividade do País, através da racionalização e simplificação dos tributos, e promover a justiça social e o fortalecimento das relações federativas.

Respeitosamente,

GUIDO MANTEGA
Ministro de Estado da Fazenda

**ANEXO II – JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

ADI 939 / DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES

Julgamento: 15/12/1993 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Parte(s)

REQTE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO

ADVDS.: BENON PEIXOTO DA SILVA E OUTRO

REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

Ementa

EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório 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 originária, 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 reciproca (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 consequência, 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.

Observação

Votação: por maioria.

Resultado: procedente em parte.

Acórdãos citados: ADI-926, ADI-939-MC.

N.PP.: (152). Análise: (JBM). Revisão: (NCS).

Inclusão: 08/04/04, (LA).

Alteração: 11/02/04 (SVF).

ADI 3105 / DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 18/08/2004

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Parte(s)

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO

PÚBLICO - CONAMP

ADVDO.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO (A/S)

REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

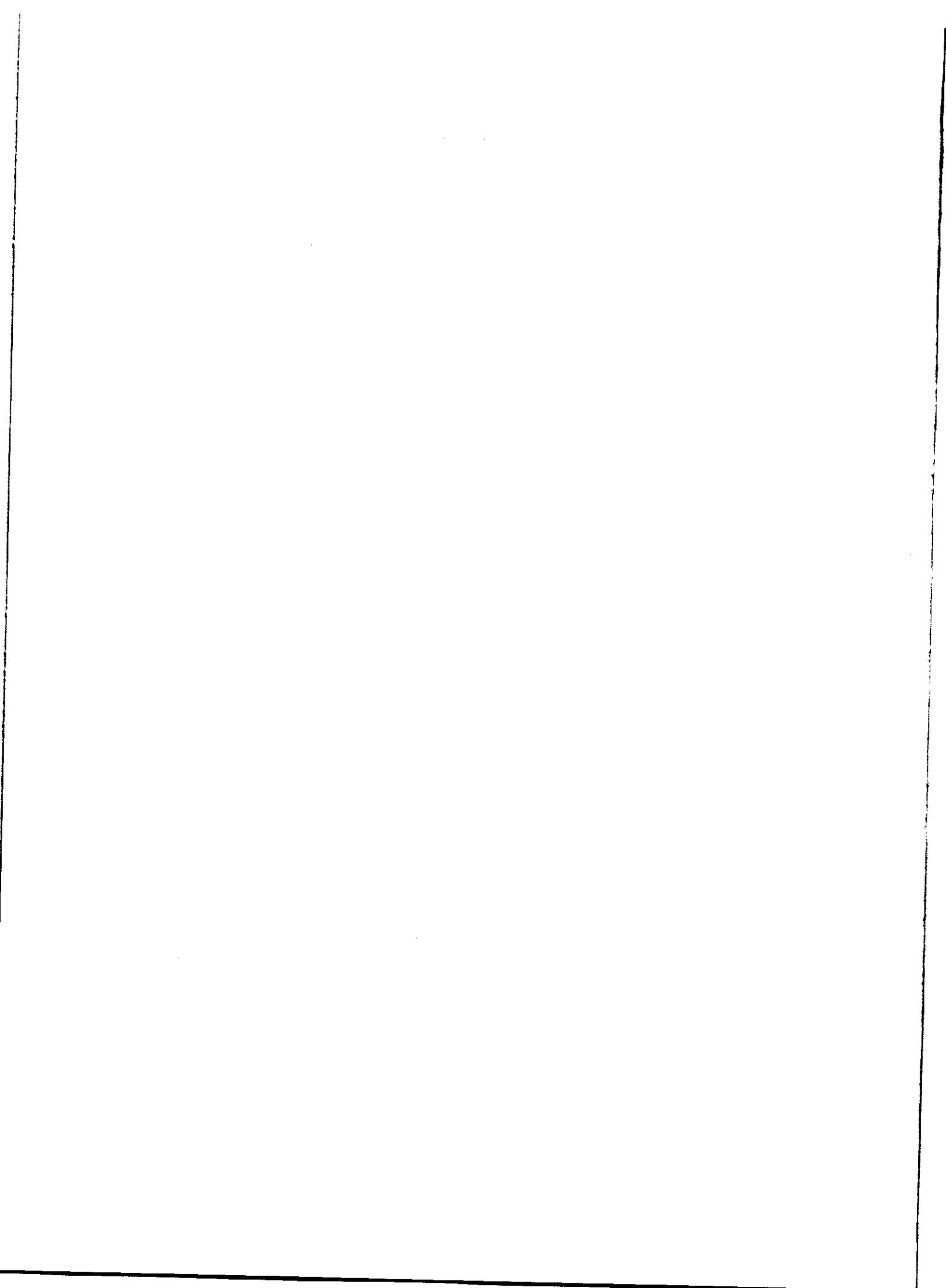
Ementa

EMENTAS: 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 "cinquenta 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 "cinquenta 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.

Decisão

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. Votou o Presidente. Em seguida, após os votos da Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, e Carlos Britto, que julgavam procedente a ação e declaravam a inconstitucionalidade do artigo 4º, caput, parágrafo único, incisos I e II, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que a julgava improcedente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelas requerentes, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público-CONAMP, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga e pela Associação Nacional dos Procuradores da República - ANPR, o Dr. Artur de Castilho Neto; pelas *amici curiae*, Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social-FENAFISP; Sindicato dos Policiais Civis de Londrina e Região-SINDIPOL; Associação Nacional dos Advogados da União e dos Advogados das Entidades Federais-ANAJUR; Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior-ANDES; Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social-ANFIP; Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União-FENAJUFE; Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal-UNAFISCO SINDICAL; Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal-SINDJUS-DF, os Drs. Mauro Menezes e José Luiz Wagner; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Ribeiro Costa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Presidência, em exercício, do Senhor Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente. Plenário, 26.05.2004. Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 23.6.2004. O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação em relação ao *caput* do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, e os Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Por unanimidade,



o Tribunal julgou inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, pelo que aplica-se, então, à hipótese do artigo 4º da EC nº 41/2003 o § 18 do artigo 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma emenda constitucional. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 18.08.2004.

ADI 3685 / DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Julgamento: 22/03/2006

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Parte(s)

REQTE.(S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
BRASIL

ADV.(A/S): ROBERTO ANTONIO BUSATO

REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

Ementa

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF. 1. Preliminar quanto à deficiência na fundamentação do pedido formulado afastada, tendo em vista a sucinta, porém suficiente demonstração da tese de violação constitucional na inicial deduzida em juízo. 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às

eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e "a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral" (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.

Decisão

O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem suscitada pela Relatora no sentido de que não é o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental prioritário em relação ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade, podendo ser iniciado o julgamento desta. Por unanimidade, o Tribunal rejeitou a preliminar suscitada pela Advocacia Geral da União de ausência de fundamentação do pedido. O Tribunal, por unanimidade, admitiu como *amici curiae* a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro; o Partido do Movimento Democrático Brasileiro-PMDB; o Partido da Frente Liberal-PFL; o Partido Democrático Trabalhista-PDT, e o Partido Popular Socialista-PPS; e inadmitiu quanto ao Partido Social Liberal-PSL. O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação para fixar que o § 1º do artigo 17 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, não se aplicam às eleições de 2006, remanescendo aplicável a tal eleição a redação original do mesmo artigo, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, nessa parte, sendo que o Senhor Ministro Marco Aurélio entendeu prejudicada a ação, no que diz respeito à segunda parte do artigo 2º, da referida emenda, quanto à expressão "aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002". Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram: pelo requerente, o Dr. Roberto Antonio Busato, Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; pelo requerido, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado Federal; pelos *amici curiae* Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Marcelo Cerqueira, e pelo PMDB, PFL, PPS e PDT, o Dr. Admar Gonzaga Neto; pela Advocacia Geral da União, o Ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-Geral da União e, pelo Ministério Público Federal,

o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República.
Plenário, 22.03.2006.

MS 24875 / DF - DISTRITO FEDERAL

MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 11/05/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Parte(s)

IMPTE.(S): DJACI ALVES FALCÃO E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): ALUÍSIO XAVIER DE ALBUQUERQUE E OUTRO (A/S)

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

IMPDO.(A/S): SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ementa

EMENTA: I. Ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal: proventos (subsídios): teto remuneratório: pretensão de imunidade à incidência do teto sobre o adicional por tempo de serviço (ATS), no percentual máximo de 35% e sobre o acréscimo de 20% a que se refere o art. 184, III, da Lei 1711/52, combinado com o art. 250 da L. 8.112/90: mandado de segurança deferido, em parte. II. Controle incidente de constitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à decisão da causa ou que a declaração de ilegitimidade constitucional não aproveite à parte suscitante, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. SE 5.206-AgR, 8.5.97, Pertence, RTJ 190/908; Inq 1915, 05.08.2004, Pertence, DJ 05.08.2004; RE 102.553, 21.8.86, Rezek, DJ 13.02.87). III. Mandado de segurança: possibilidade jurídica do pedido: viabilidade do controle da constitucionalidade formal ou material das emendas à Constituição. IV. Magistrados. Subsídios, adicional por tempo de serviço e o teto do subsídio ou dos proventos, após a EC 41/2003: arguição de inconstitucionalidade, por alegada irrazoabilidade da consideração do adicional por tempo de serviço quer na apuração do teto (EC 41/03, art. 8º), quer na das remunerações a ele sujeitas

(art. 37, XI, CF, cf EC 41/2003): rejeição. 1. Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma. 2. Nem da interpretação mais generosa das chamadas "cláusulas pétreas" poderia resultar que um juízo de eventuais inconveniências se convertesse em declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional que submetta certa vantagem funcional ao teto constitucional de vencimentos. 3. No tocante à magistratura - independentemente de cuidar-se de uma emenda constitucional - a extinção da vantagem, decorrente da instituição do subsídio em "parcela única", a nenhum magistrado pode ter acarretado prejuízo financeiro indevido. 4. Por força do art. 65, VIII, da LOMAN (LC 35/79), desde sua edição, o adicional cogitado estava limitado a 35% calculados sobre o vencimento e a representação mensal (LOMAN, Art. 65, § 1º), sendo que, em razão do teto constitucional primitivo estabelecido para todos os membros do Judiciário, nenhum deles poderia receber, a título de ATS, montante superior ao que percebido por Ministro do Supremo Tribunal Federal, com o mesmo tempo de serviço (cf. voto do Ministro Néri da Silveira, na ADIn 14, RTJ 130/475,483). 5. Se assim é - e dada a determinação do art. 8º da EC 41/03, de que, na apuração do "valor da maior remuneração atribuída por lei (...) a Ministro do Supremo Tribunal Federal", para fixar o teto conforme o novo art. 37, XI, da Constituição, ao vencimento e à representação do cargo, se somasse a "parcela recebida em razão do tempo de serviço" - é patente que, dessa apuração e da sua aplicação como teto dos subsídios ou proventos de todos os magistrados, não pode ter resultado prejuízo indevido no tocante ao adicional questionado. 6. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não pode o agente público opor, à guisa de direito adquirido, a pretensão de manter determinada fórmula de composição de sua remuneração total, se, da alteração, não decorre a redução dela. 7. Se dessa forma se firmou quanto a normas infraconstitucionais, o mesmo se há de entender, no caso, em relação à emenda constitucional, na qual os preceitos impugnados, se efetivamente aboliram o adicional por tempo de serviço na remuneração dos magistrados e servidores pagos mediante subsídio, é que neste - o subsídio - foi absorvido o valor da vantagem. 8. Não procede, quanto ao ATS, a alegada ofensa ao princípio da isonomia, já que, para ser acolhida, a arguição pressuporia que a Constituição mesma tivesse erigido o maior ou menor tempo de serviço em fator compulsório do tratamento remuneratório dos servidores, o que não ocorre, pois o adicional correspondente não resulta da Constituição, que apenas o admite - mas, sim, de preceitos infraconstitucionais. V. Magistrados: acréscimo de 20% sobre os proventos da aposentadoria (Art. 184, III, da L. 1.711/52, c/c o art. 250 da L. 8.112/90) e o teto constitucional após a EC 41/2003: garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos: intangibilidade. 1. Não obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatura constitucional, razão por que, após a EC 41/2003, não seria possível assegurar sua percepção indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido, aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou diretamente o direito à irredutibilidade de vencimentos - modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas. 2. Ainda que, em tese, se considerasse susceptível de sofrer dispensa específica pelo poder de reforma constitucional, haveria de reclamar para tanto norma expressa e inequívoca, a que não se presta o art. 9º da EC 41/03, pois o art. 17 ADCT, a que se reporta, é norma referida ao momento inicial de vigência da

Constituição de 1988, no qual incidiu e, neste momento, pelo fato mesmo de incidir, teve extinta a sua eficácia; de qualquer sorte, é mais que duvidosa a sua compatibilidade com a "cláusula pétrea" de indenidade dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição de 1988, recebida como ato constituinte originário. 3. Os impetrantes - sob o pálio da garantia da irredutibilidade de vencimentos -, têm direito a continuar percebendo o acréscimo de 20% sobre os proventos, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do Supremo Tribunal Federal. VI. Mandado de segurança contra ato do Presidente do Supremo Tribunal: questões de ordem decididas no sentido de não incidência, no caso, do disposto no artigo 205, parágrafo único e inciso II, do RISTF, que têm em vista hipótese de impedimento do Presidente do Supremo Tribunal, não ocorrente no caso concreto. 1. O disposto no parágrafo único do art. 205 do RISTF só se aplica ao Ministro-Presidente que tenha praticado o ato impugnado e não ao posterior ocupante da Presidência. 2. De outro lado, o inciso II do parágrafo único do art. 205 do RISTF prevê hipótese excepcional, qual seja, aquela em que, estando impedido o presidente do STF, porque autor do ato impugnado, o Tribunal funciona com número par, não sendo possível solver o empate.

Decisão

O Tribunal, por unanimidade de votos, rejeitou o pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade do vocábulo "pessoais", inserido no inciso XI do artigo 37 da Constituição, na redação que lhe atribuiu a Emenda Constitucional nº 41/2003, e da expressão "e da parcela recebida em razão de tempo de serviço", contida no artigo 8º da referida emenda. E, após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), deferindo, em parte, o mandado de segurança, para admitir a permanência, no caso concreto, da vantagem do artigo 184, até que seja absorvido pelo subsídio, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Celso de Mello; do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, deferindo-o em maior extensão, nos termos de seu voto, e dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau e Presidente (Ministro Nelson Jobim), indeferindo a segurança, o julgamento foi suspenso para colher-se o voto de desempate que deverá ser promovido pelo futuro Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Falaram, pelos impetrantes, o Dr. Aluísio Xavier de Albuquerque e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-Geral da União. Plenário, 09.03.2006. Decisão: 1) O Tribunal, na sessão do dia 09 de março de 2006, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade do vocábulo "pessoais", inserido no inciso XI do artigo 37 da Constituição, na redação que lhe atribuiu a Emenda Constitucional nº 41/2003, e da expressão "e da parcela recebida em razão de tempo de serviço", contida no artigo 8º da referida emenda; o Ministro-Relator e os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Celso de Mello deferiram, em parte, o mandado de segurança, para admitir a permanência, no caso concreto, da vantagem do artigo 184, inciso III, da Lei nº 1.711/52, até que seja essa parcela absorvida pelo subsídio. O Senhor Ministro Marco Aurélio deferiu a segurança em maior extensão, nos termos de seu voto. Os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau e do Presidente indeferiram, *in*

totum, a segurança. 2) Na sessão de hoje, dia 15 de março de 2006, o Tribunal, apreciando questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro Marco Aurélio, decidiu, por maioria, afastada a incidência, na hipótese, do parágrafo único do artigo 205 do Regimento, não estar, nesse julgamento, impedido o Ministro-Presidente, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio; e, também por maioria, afastada a aplicação, para o caso, do inciso II do parágrafo único do mesmo artigo 205, pelo qual dever-se-ia proclamar encerrada a votação com a prevalência do ato impugnado, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Cezar Peluso, decidiu o Tribunal aguardar o voto de desempate sobre a matéria relativa ao artigo 184 do futuro Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.03.2006. Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu, em parte, o mandado de segurança, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau e Nelson Jobim, que indeferiam a segurança, e o Senhor Ministro Marco Aurélio, que o deferia em maior extensão, nos termos do seu voto. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie, que proferira voto na assentada anterior. Plenário, 11.05.2006.