

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

JOSÉ OSMAR PUMES

**O PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL: CONCEITO, O CONTROLE DE
EMENDA E O PAPEL DO STF NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

**PORTO ALEGRE
2009**

JOSÉ OSMAR PUMES

O PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL: CONCEITO, O CONTROLE DE EMENDA E O PAPEL DO STF NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

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

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

PORTO ALEGRE
2009

JOSÉ OSMAR PUMES

O PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL: CONCEITO, O CONTROLE DE EMENDA E O PAPEL DO STF NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

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

Aprovada em 23 de março de 2009.

Banca Examinadora

- 1) Prof. Dr. Juarez Freitas (orientador)

- 2) Prof^a. Dr^a Regina Linden Ruaro

- 3) Prof. Dr. Jayme Weingartner Neto

*Para Guilherme, Rodrigo e Fernanda, a prova
de que minha existência não foi em vão.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à minha esposa, Patrícia, e a toda a minha família, pelo apoio, pela compreensão e pelo carinho que sempre me dispensaram, mesmo nos momentos em que minha presença física não compensou o distanciamento imposto pelo compromisso intelectual.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, especialmente ao Prof. Dr. Juarez Freitas, por sua orientação segura e cordial, bem como por ter me oportunizado privar de seu reconhecido saber jurídico e elevado espírito humano.

Aos colegas de Ministério Público Federal, por quem, muito além das relações de trabalho, nutro especial amizade, e que estiveram presentes em todos os momentos no decorrer desta caminhada: Ângelo Roberto Ilha da Silva, Lafayete Josué Petter, Nilo Marcelo de Almeida Camargo e Waldir Alves.

A todos os colegas da Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul, companheiros de lutas em busca de uma sociedade mais justa. Às bibliotecárias da Casa, especialmente à Marta Roberto e à Denise Tschoepke, sempre prestativas e eficientes no atendimento de minhas solicitações.

Aos colegas de mestrado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, muito especialmente aos grandes amigos Alexandre Curvelo e Mártin Haeblerlin.

Ao Conselho Superior do Ministério Público Federal, por ter contribuído significativamente para a realização deste trabalho, permitindo meu afastamento para capacitação por determinado período.

A todos os servidores da Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul, que, de uma maneira ou de outra, ajudaram a concretizar o projeto inicial, principalmente ao Klaus Blumel, que me deu o apoio necessário para utilizar o Broffice, de modo a permitir que esta dissertação fosse inteiramente escrita sem a utilização de software proprietário.

Quanto à questão das cláusulas pétreas [...], eu lembraria que elas, na Constituição de 1988, não cumprem uma função conservadora, mas, sim, impeditiva de retrocesso, ou seja, garantem o progresso. O progresso então obtido é preciso ser salvaguardado [...].

Ministro Carlos Ayres Britto, em voto na ADI 3.105-DF.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo central empreender um reexame sistemático do poder de reforma constitucional e traçar um panorama do controle judicial das constitucionalidades, exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, formula-se proposta conceitual de poder de reforma constitucional, tratando-se a seguir de suas espécies e das limitações a que está submetido em razão de sua natureza de poder constituído. Ato contínuo, aborda-se o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, efetuando-se mapeamento das decisões da Corte que, no controle difuso ou concentrado, declararam, na vigência da Constituição de 1988, a inconstitucionalidade de emendas constitucionais. Demonstra-se que não é plausível, no sistema brasileiro, considerar inconstitucional norma originária da Constituição, e reafirma-se que o controle judicial de constitucionalidade, em nosso caso, somente se pode dar "a posteriori", sob pena de afronta à separação de poderes e ao princípio democrático. Em seguida, verifica-se o instrumental interpretativo de que dispõe hoje o Supremo Tribunal Federal, tendo em conta as principais técnicas aplicáveis ao controle de constitucionalidade das emendas constitucionais. Nesse aspecto, faz-se alusão ao fim da hipertrofiada ideia de "legislador negativo", para evidenciar que o Supremo Tribunal Federal tem, mais recentemente, admitido que lhe cabe, na omissão dos demais Poderes da República, intervir para a garantia da implementação das políticas públicas. A par disso, examina-se a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, assim como aborda-se a técnica interpretativa consistente em declarar a norma ainda constitucional mas em vias de tornar-se inconstitucional, com a formalização de apelo ao legislador para que adote as medidas necessárias para a adequação da situação fática ou jurídica identificada como conducente à inconstitucionalidade. Ademais, trata-se da interpretação conforme à Constituição, consectário da presunção de constitucionalidade da lei, sustentando-se que as emendas constitucionais, por constituírem atos legislativos qualificados, devem ser entendidas como possuidoras de presunção qualificada de constitucionalidade. Por fim, faz-se especial defesa dos direitos adquiridos em face dos atos do poder reformador, tendo em vista a previsão do art. 60, § 4º, IV, da Constituição, que coloca, de maneira definitiva, os direitos e garantias individuais entre as cláusulas pétreas; e da necessidade de que as mudanças constitucionais ocorram preferencialmente pela via interpretativa, menos traumática para o funcionamento do sistema.

Palavras-chave: Direito constitucional. Reforma constitucional. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This work aims at systematically reexamining the power of amendment and outlining the *judicial review* as performed by the Supremo Tribunal Federal. At first, a conceptual proposal of the power of amendment is formulated, followed by an analysis of its types and the limitations to which it is subjected due to its nature as a constituted power. In sequence, the role performed by the Supremo Tribunal Federal is also discussed, by mapping the Court rules that, either under diffused or concentrated *judicial review*, have ruled the unconstitutionality of constitutional amendments after the Constitution of 1988. It is demonstrated that it is not plausible to render unconstitutional a ruling stemmed from the Constitution in the Brazilian Judiciary System, and that *judicial review*, in our case, can only be given “a posteriori”, lest it be an outrage to the separation of powers and to the democratic principle. As a next step, the instruments of interpretation currently used by the Supremo Tribunal Federal are verified, considering the main techniques also applicable to the *judicial review* of Amendments. In this sense, the end of the hypertrophied idea of the “negative legislator” is mentioned, in order to highlight that the Supremo Tribunal Federal has recently affirmed its entitlement to intervene to guarantee the implementation of public policies when the other Powers may falter. That considered, the possibility of adjusting the effects of the ruling of constitutionality or unconstitutionality is examined, as well, and so is the interpretational technique which consists of declaring the norm still constitutional, but about to be ruled unconstitutional, by appealing to the legislator to adopt the necessary measures to adequate the factual or judicial situation that is regarded as being a conducive to unconstitutionality. Moreover, the interpretation is dealt with in compliance with the Constitution, as a consequence of the presumption of constitutionality of the statutes, affirming that constitutional amendments, as qualified legislative acts, must be understood as possessing the very same presumption of qualified constitutionality. Finally, a special defense of “direitos adquiridos” is stated with regards to the acts of the power of amendment, as declared by the art. 60, § 4º, IV of the Constitution, in which individual rights and guarantees are definitely granted and where it is also declared the need for constitutional modifications they would rather occur through interpretation, which is less traumatic to the system.

Key words: Constitutional Law. Constitutional amendment. Judicial review. Supremo Tribunal Federal.

SIGLAS E ABREVIATURAS

STF – Supremo Tribunal Federal

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – artigo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P983P

PUMES, JOSÉ OSMAR

O poder de reforma constitucional [manuscrito] : conceito, o controle de emenda e o papel do STF na jurisdição constitucional / José Osmar Pumes. – 2009.

126 f.

Dissertação (mestrado) -- Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

“Orientador : Prof. Dr. Juarez Freitas”.

1. Reforma constitucional. 2. Controle da constitucionalidade. 3. Jurisdição constitucional. I. Título.

CDU – 342.4

Bibliotecária responsável : Marta Roberto, CRB-10/652

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL	14
1.1 CONCEITO DE PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL	15
1.2 ESPÉCIES DE REFORMA CONSTITUCIONAL	18
1.2.1 Revisão constitucional	22
1.2.2 Emenda constitucional	24
1.3 LIMITES AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL	25
1.3.1 Limites formais	27
1.3.2 Limites materiais expressos (cláusulas pétreas)	31
1.3.3 Limites implícitos	35
1.4 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	48
2 O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MATÉRIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS	50
2.1 O STF E A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	51
2.2 O STF E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIA.....	55
2.3 O STF E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS	59
2.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL PELO STF NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	61
2.4.1 Controle judicial prévio de constitucionalidade de emenda constitucional?	62
2.4.2 Casos de controle judicial posterior de constitucionalidade de emenda constitucional	76
2.5. CONCLUSÕES PARCIAIS.....	78
3 O FIM DA HIPERTROFIA DO PAPEL DE LEGISLADOR NEGATIVO E OS NOVOS RUMOS DO STF NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	80
3.1 O FIM DO MITO DO STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO.....	81
3.2 A MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO QUE DECLARA A INCONSTITUCIONALIDADE OU A CONSTITUCIONALIDADE	88
3.3 LEI AINDA CONSTITUCIONAL	94
3.4 INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO E PRESUNÇÃO QUALIFICADA DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL ..	96
3.5 EMENDAS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS ADQUIRIDOS.....	102
3.6 A SUPREMA CORTE E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – UMA VISÃO DO EMBLEMÁTICO CASO <i>BROWN V. BOARD OF EDUCATION</i>	110
3.7 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	115
CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	121

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 outorgou ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo da possibilidade de apreciação incidental da constitucionalidade das leis e dos atos do poder público por qualquer juízo ou tribunal, a função precípua de guarda da Constituição (art. 102, *caput*), cabendo-lhe, na jurisdição constitucional, a última palavra. As emendas constitucionais, leis em sentido amplo, conquanto sujeitas a processo legislativo qualificado, ainda assim estão, porque atos de poder *constituído*, sujeitas ao mesmo controle.

A possibilidade de apreciação da constitucionalidade de dispositivo reformador da Constituição cedo foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal, já por ocasião da ampla reforma de 1926, procedida à Constituição de 1891. Apesar disso, e embora pareça nunca ter havido dúvidas acerca da sindicabilidade judicial dos atos do poder reformador no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina não tem se dedicado a esse assunto mais especificamente, sendo que, com poucas e honrosas exceções, as diversas obras que tratam do controle de constitucionalidade em nosso meio a ele não se referem senão que de passagem, sem se aprofundar no seu exame.

A par disso, na vigência da Constituição de 1988, passou-se a verificar a ocorrência de fenômeno que pode ser denominado *inflação reformadora*, pelo qual a Carta, em pouco mais de vinte anos desde a sua promulgação, já contava, até o final do ano de 2008, com 57 emendas constitucionais promulgadas, número que chegava a 63 incluindo-se no cômputo as seis emendas revisionais, editadas no ano de 1993 em cumprimento ao disposto no art. 3º do ADCT. Em decorrência, os casos de emendas constitucionais consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, tanto em ação direta quanto no controle concreto, aumentaram significativamente.

Nesse sentido, identificou-se uma lacuna, para cujo preenchimento a presente dissertação visa modestamente contribuir, consistente em abordar o controle judicial de constitucionalidade dando uma ênfase à discussão acerca da adequação das emendas constitucionais ao seu parâmetro de confronto, qual seja a Constituição, no seio da qual se colhem limitações expressas e implícitas ao poder de reforma.

O trabalho desenvolvido, nessa medida, tem como principais objetivos:

- a) conceituar o poder de reforma constitucional e suas espécies, levando em conta a tradição da Carta de 1988;
- b) mostrar que a revisão, no sistema brasileiro, à luz do conceito esposado, já se exauriu;
- c) mostrar que há inflação de reforma na ordem constitucional atual, o que pode debilitar a legitimidade da Constituição;
- d) mostrar que há limites para a reforma, que estão associados não apenas às cláusulas pétreas de que trata o art. 60, § 4º, da Constituição, mas também aos princípios e valores decorrentes dos objetivos fundamentais da República (art. 2º).
- e) mostrar que é possível realizar a reforma pela via interpretativa, menos traumática que a da emenda constitucional.

A estrutura do trabalho está dividida em três partes. No Capítulo 1 trata-se, inicialmente, de elaborar um conceito de poder de reforma constitucional e identificar as espécies de suas manifestações, distinguindo-se entre revisão e emenda. A seguir busca-se abordar os limites ao poder de reforma constitucional reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência, tanto os de natureza formal quanto os materiais. A respeito desses últimos, que podem ser divididos em expressos e implícitos, entende-se necessário fazer uma abordagem mais específica da tese, defendida por parte da doutrina, de que é possível ao poder de reforma dispor das cláusulas pétreas, inclusive para aboli-las, mediante o procedimento conhecido como *dupla revisão*.

No Capítulo 2 aborda-se mais especificamente o papel do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade de emenda constitucional, cuidando-se inicialmente de perquirir a respeito da sindicabilidade da norma originária, para após tratar do controle específico do poder de reforma, com ênfase no período posterior à entrada em vigor da Constituição de 1988. Lança-se um breve olhar sobre o controle de constitucionalidade na França, para fazer um rápido cotejo com a espécie de controle preventivo de emenda constitucional admitida pelo STF, pela via do mandado de segurança; e procura-se fazer um mapeamento das decisões da Corte que, após 1988, declararam a inconstitucionalidade de emendas constitucionais.

Por fim, no Capítulo 3, trata-se dos instrumentos utilizado pelo STF na interpretação constitucional, tais como a modulação de efeitos da decisão de

constitucionalidade ou inconstitucionalidade, a lei *ainda* constitucional e a interpretação conforme, para após abordar-se a problemática dos direitos adquiridos e sua proteção em face das emendas constitucionais. Finaliza-se com uma abordagem do caso *Brown*, julgado no ano de 1954 pela Suprema Corte americana, como exemplo de mutação constitucional sem mudança formal da Carta.

CONCLUSÃO

Neste momento, é necessário fazer-se uma retomada das conclusões que ao longo da exposição foram sendo enunciadas, de modo a sistematizá-las para uma mais clara compreensão.

1. Repisa-se o conceito de poder de reforma constitucional, elaborado no Capítulo I: trata-se de *poder constituído, de natureza formal, expressamente previsto na Constituição para a sua alteração e a ser exercido segundo o modo e dentro dos limites por ela estabelecidos*.

2. Em vista dessa conceituação, o poder de reforma constitucional distingue-se do poder constituinte; sua adequação aos parâmetros por este último estabelecidos é justamente o objeto do controle de constitucionalidade ao qual, como qualquer norma, se encontra submetido.

3. Adota-se a diferenciação entre emenda e revisão que decorre da previsão positivada no ordenamento vigente. A emenda constitucional, desse modo, é reconhecida como a única via formal prevista pela Constituição como mecanismo permanente a ser utilizado para a sua alteração. A revisão já se exauriu, não podendo mais ocorrer, em vista do processo revisional ocorrido no ano de 1993, o qual resultou em seis emendas constitucionais, com numeração própria para diferenciá-las das emendas previstas no art. 59 da Constituição.

4. Os limites a que está sujeito o poder de reforma constitucional são tanto de natureza formal quanto material, e não se esgotam naqueles previstos de forma expressa no texto da Constituição. Antes, decorrem dos princípios e valores que perpassam a ordem constitucional, avultando entre eles a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição). Nesse contexto, a chamada tese da dupla revisão não pode ser acolhida, sob pena de subverter-se o ordenamento, transformando-se o poder de reforma de constituído em constituinte, operando-se verdadeira fraude à Constituição.

5. A competência do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade não se estende às normas constitucionais originárias. Na condição de poder constituído, não é dado ao Judiciário sindicar os atos do poder constituinte, sob pena de, assim o fazendo, contribuir para a desestruturação e

consequente quebra do sistema.

6. O controle de constitucionalidade de emenda constitucional *sui generis* admitido pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a interposição de mandado de segurança por membro do Congresso Nacional, extrapola os limites da atuação do Poder Judiciário, configurando indevida intromissão no processo legislativo e violando a separação dos poderes (art. 2º da Constituição) e o princípio democrático. Ao povo deve ser garantido o direito de, por meio de seus representantes, debater inclusive as propostas de emenda à Constituição que em tese possam vir a contrariar os limites postos pelo poder constituinte. Se, após a promulgação da emenda, constatar-se que esta desrespeitou os limites a que deve obediência, aí sim caberá a intervenção judicial para estabelecer a plena normatividade da Carta violada.

7. A *interpretação conforme à Constituição*, instrumento hermenêutico que reconhece a presunção de constitucionalidade das leis, aplica-se às emendas constitucionais. Tratando-se, porém, de ato legislativo qualificado, destinado a modificar a ordem constitucional em situações especialíssimas, deve ser entendido que as emendas constitucionais possuem presunção *qualificada* de constitucionalidade.

8. Aplicam-se às emendas constitucionais os mesmos princípios utilizados no controle de constitucionalidade de leis e atos infraconstitucionais, tanto no que diz respeito ao alcance das decisões quanto aos efeitos destas, que podem inclusive ser limitados se presentes os requisitos da Lei nº 9.868, de 1999 – mas não só, dado que a modulação de efeitos prevista no art. 27 da Lei nº 9.868 veicula norma restritiva da interpretação constitucional feita pela Corte, que de todo modo não se aplica aos casos em que a norma questionada é considerada *constitucional*. Diante disso, é possível até mesmo a declaração de que determinada emenda constitucional é *ainda constitucional*, enquanto presente determinada situação de fato, que, em caso de modificação, tornará a norma inconstitucional.

9. A ideia do legislador negativo, frequentemente invocada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não passa efetivamente de mito, não encontrando correspondência nas decisões mais recentes da Corte, que tem, em determinados casos, atuado positivamente visando suprir a inconstitucional omissão dos demais Poderes Públicos, notadamente para garantir a implementação das políticas públicas previstas na Constituição.

10. O direito adquirido, protegido, ao lado do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, na forma do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, constitui direito individual, e dessa encontra-se ao abrigo das manifestações do poder de reforma constitucional, por expressa previsão contida no art. 60, § 4º, IV, da Carta.

11. As mudanças constitucionais não necessariamente dependem de alteração formal do texto da Constituição. A correção hermenêutica do texto originário no exercício da jurisdição constitucional mostra-se menos traumática para o funcionamento do sistema, e por isso deve ser preferida, reservando-se a via da emenda para aqueles casos extremos em que não há outra medida a ser adotada com a mesma eficácia.

Dados os estreitos lindes do presente trabalho, várias questões ficaram em aberto, a reclamar pesquisa específica. Entre elas, exemplificativamente, elencam-se as seguintes.

1. O novo papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, abandonando a figura do legislador negativo, configura interessante amostra, a ser estudada, da evolução interpretativa do Tribunal, que seguramente representa resposta mais satisfatória às demandas que visam debelar as omissões inconstitucionais dos Poderes Públicos.

2. A modulação de efeitos da decisão proferida na jurisdição constitucional merece um olhar mais acurado, dada a constatação de que na verdade há duas grandes espécies de modulação: uma geral, que não cabe no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999 e que se aplica tanto à decisão de inconstitucionalidade quanto à de constitucionalidade, e outra restrita, prevista no dispositivo legal citado, cuja constitucionalidade inclusive está sendo discutida em ação direta.

3. A mudança constitucional pela via interpretativa, em contraposição à mudança formal da Constituição, reclama desenvolvimento doutrinário mais específico, considerado o papel desempenhado pelo STF na jurisdição constitucional na vigência da Constituição de 1988.