

A JUSTIFICAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1988-2018)*

BRAZILIAN SUPREME COURT'S JUSTIFICATIONS FOR JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS (1988-2018)

Leonardo Nochang Heck**

RESUMO

Desde o início da década de 1990, o Supremo Tribunal Federal exerce uma competência extraordinária, que não lhe foi expressamente atribuída pela Constituição: o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. Seu exercício depende de uma forte justificação para compensar o potencial déficit de legitimidade que esta prática pode criar no âmbito de um regime democrático. Assim, após apresentar alguns fundamentos teóricos para a noção de “emendas constitucionais inconstitucionais”, este artigo analisa as justificativas apresentadas pelo tribunal para exercer tal competência. Identifica a coexistência de casos em que nenhuma justificativa é apresentada com outros em que aparece uma “justificativa padrão” pouco consistente, fundada em dois pilares essenciais: uma teoria do poder constituinte e a “lógica de Marshall” (raciocínio análogo ao de John Marshall no caso *Marbury v. Madison*). Conclui que a justificativa do tribunal precisa ser aprimorada para que este controle seja mais legítimo e que alguns fundamentos para uma justificação mais apropriada podem ser encontrados no acórdão da ADI 2395, julgada em 2007.

PALAVRAS-CHAVE

Controle de constitucionalidade. Emendas Constitucionais. Supremo Tribunal Federal (STF). Legitimidade. Justificação.

ABSTRACT

*Since the beginning of the 1990s, the Brazilian Supreme Court exerts a power not expressly granted to it by the 1988 Brazilian constitution: the judicial review of constitutional amendments. In order to compensate the potential legitimacy deficit created by such a practice in a democratic order, its exercise demands a strong justification by the court. This paper aims to analyze if the Brazilian Supreme Court meets this demand. After presenting some theoretical foundations of the notion of “unconstitutional constitutional amendments”, it analyzes the justifications provided by the Court when it reviews amendments. It identifies cases in which no justification is provided, and others in which the court deploys a “standard justification”, based on a theory of constituent power and a reasoning comparable to that of Chief Justice John Marshall in *Marbury v. Madison*. It argues that such “standard justification” is not consistent and concludes that the Court’s arguments must be enhanced in order to make the review more legitimate. It further suggests that some basis for a better justification may be found in the Court’s 2007 decision in ADI 2395.*

KEYWORDS

Judicial review. Constitutional Amendments. Brazilian Supreme Court. Legitimacy. Justification.

* A pesquisa que deu origem a este artigo foi financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (processo FAPESP nº 2017/09843-1).

** Graduando em Direito na Universidade de São Paulo (USP).

Recebido em: 20/06/2020

Aceito em: 21/07/2020

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A noção de “emendas constitucionais inconstitucionais”. 3. Metodologia. 3.1. A seleção dos acórdãos. 3.2. A leitura dos acórdãos. 4. A justificação do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no Supremo Tribunal Federal. 4.1. A ausência de justificação e a “justificação padrão”. 4.2. A consolidação de uma prática. 4.3. Um ponto de partida tardio. 5. Conclusão. Referências.

REFERÊNCIA: HECK, Leonardo Nochang. A Justificação do Controle Judicial de Emendas Constitucionais no Supremo Tribunal Federal (1988-2018). *Res Severa Verum Gaudium*, v. 5, n. 1, Porto Alegre, p. 211-239, out. 2020.

1 INTRODUÇÃO

Duas ações diretas de inconstitucionalidade podem ser indicadas como importantes marcos na história do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito às suas relações com o Congresso Nacional e sua posição no arranjo institucional brasileiro. Nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) 466 e 833 – esta julgada em conjunto com duas outras ações, as ADIs 829 e 830 – a corte afirmou, pela primeira vez na ordem constitucional instituída em 1988, sua competência para analisar a compatibilidade de emendas constitucionais (ECs) com as cláusulas pétreas da constituição. Na ADI 466, julgada em 3 de abril de 1991, questionava-se a constitucionalidade de uma proposta de emenda à constituição (PEC) cujo objetivo era permitir a instituição da pena de morte. A ação não foi conhecida, por não questionar uma “lei ou ato normativo federal ou estadual”, mas sim uma proposta de emenda, que não pode ser impugnada por meio de ADI¹. As ADIs 829, 830 e 833, por sua vez, foram julgadas em conjunto no dia 14 de abril de 1993 e tiveram o mérito apreciado pelo plenário do Tribunal, que declarou a EC nº 2 compatível com as disposições imutáveis da constituição.

Nesses dois momentos e, em especial, no segundo, o STF afirmou possuir uma competência extraordinária que não lhe foi expressamente atribuída pelo texto constitucional. Isso se tornou ainda mais relevante a partir do dia 15 de dezembro de 1993, quando o tribunal declarou, pela primeira vez, a procedência, ainda que parcial, de uma ADI que questionava uma emenda constitucional². Desde então, mais de cem ADIs foram propostas com o objetivo de obter uma

¹ Constituição da República Federativa do Brasil (CF), art. 102, I, *a*.

² ADI 939.

declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de emendas à constituição³, o que demonstra uma certa frequência dessa discussão na corte.

A necessidade de uma justificativa forte é ainda mais acentuada em vista do cenário, diagnosticado por Arruda (2018, p. 76–77), em que o tribunal decide dentro de uma margem de apreciação bastante ampla, definindo a abrangência de cada cláusula pétrea de forma algo casuística. A análise da argumentação apresentada no tribunal para justificar essa competência extraordinária – a qual leva a consequências sensíveis do ponto de vista da legitimidade política e democrática, já que implica a possibilidade de anulação, por juízes sem credenciais eleitorais, de decisões tomadas por representantes do povo – é, portanto, de grande relevância. Procuro realizar, neste artigo, uma análise desta argumentação. Para tanto, introduzo algumas questões teóricas envolvidas no conceito de “emendas constitucionais inconstitucionais” (tópico 2) e, em seguida, apresento uma análise empírica de decisões do tribunal relativas a essa questão. O tópico 3 descreve a metodologia empregada para selecionar e analisar os acórdãos. A seção 4 consiste na análise propriamente dita dos acórdãos e a seção 5 conclui o trabalho.

2 A NOÇÃO DE “EMENDAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS”

À primeira vista, a ideia de “emendas constitucionais inconstitucionais” pode parecer um contrassenso. Afinal, o objetivo de uma emenda constitucional é, exatamente, modificar o texto original, a fim de corrigi-lo, torná-lo mais adequado à persecução dos fins a que a própria constituição se propõe (ALBERT, 2019, p. 39–40). Envolve uma noção de aprimoramento. Ademais, o poder necessário para emendar uma constituição compartilha pelo menos algumas características do poder empregado para criá-la. Uma vez aprovada uma emenda, ela passa, em princípio, a ter o mesmo status jurídico que o texto constitucional original. Nesse sentido, parece difícil pensar na possibilidade de que uma emenda possa ser considerada inconstitucional. Se ela contraria alguma disposição do texto original sem revogá-la expressamente, seria possível argumentar pela utilização de um dos tradicionais critérios para solução de antinomias – por exemplo, lei posterior derroga lei anterior (GUASTINI, 1999)⁴. Assim, em vez de a emenda à constituição ser considerada inconstitucional, deveria se considerar que a norma constitucional por ela contrariada perdeu sua validade.

A despeito disso, nas últimas décadas, cortes de todo o mundo – inclusive o Supremo

³ No total, até o dia 29 de junho de 2018, haviam sido 111 ADIs.

⁴ No caso de Constituições que não preveem limites materiais explícitos ao poder de emenda, Kemal Gözler (2008, p. 77) propõe a utilização desse critério e, também, de outro que estabelece que “lei especial derroga lei geral”.

Tribunal Federal brasileiro – vêm declarando a inconstitucionalidade de emendas à constituição⁵. Chega-se mesmo a falar em uma “doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais”, um conjunto de ferramentas que permite que as cortes apreciem a constitucionalidade desse tipo de normas (ALBERT, 2015; LANDAU, 2018)⁶. Além de figurar em cortes, esse fenômeno também vem sendo amplamente discutido e teorizado na academia⁷. Com base nisso, pode-se dizer que há, ao menos, indícios da existência de um fundamento para a noção de “emendas constitucionais inconstitucionais”. Essa questão demanda um olhar mais atento.

Uma primeira percepção que pode nos ajudar a sondá-la é a de que o poder constituinte secundário está sujeito a limites. De modo geral, essa é uma afirmação amplamente aceita, ao menos entre quem admite a distinção entre um poder fundacional, *primário*, e um poder reformador, *secundário*. Chega-se a afirmar que a existência de vários limites ao poder de emendar a constituição é um “princípio básico de todo ordenamento jurídico” (COLÓN-RÍOS, 2008, p. 2). Nas constituições rígidas, um primeiro grupo de limites apresenta-se já à primeira vista: os procedimentos exigidos para que se emende a constituição. No Brasil, por exemplo, temos a exigência de aprovação por três quintos de cada casa do Congresso Nacional, em duas votações em cada uma das casas, de proposta que tenha sido apresentada por agentes determinados⁸. Embora esse tipo de norma faça referência à forma de exercício do poder constituinte secundário, ele não deixa de representar limites a tal exercício. Um bom exemplo para esclarecer essa assertiva é a proposta de que a constituição brasileira poderia ser emendada a partir de iniciativa popular (SILVA, 2016, p. 66). Não há previsão expressa dessa possibilidade no texto constitucional e, assim, em tese, ela estaria excluída do procedimento de emenda, ainda que a proposta apresentada fosse votada e aprovada pelo Congresso Nacional nos termos enunciados pelo art. 60, §2º. A exigência de que agentes específicos proponham a emenda é uma espécie limite ao poder constituinte secundário atribuído ao parlamento.

⁵ Alguns exemplos são Alemanha, Áustria, Colômbia, Índia e Turquia (BARAK, 2011; ROZNAI, 2017, p. 197–199).

⁶ Note-se que o termo “doutrina” é uma tradução literal do inglês *doctrine*, expressão empregada em sistemas de *common law* para referir padrões de decisão judicial. Já em português o termo remete à produção de conhecimento sobre o direito. Em geral, trata-se de comentários à legislação e às decisões judiciais, sistematizando-as e interpretando-as. Esse sentido de “doutrina” está presente também na Europa Continental (PECZENIK, 2001, p. 75). Quando menciono a “doutrina das Emendas Constitucionais inconstitucionais”, emprego o primeiro sentido – derivado do *common law* – da palavra.

⁷ A bibliografia referida ao longo de todo este trabalho é prova disso.

⁸ Um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ou a/o presidente da República; ou mais da metade das assembleias legislativas das unidades da federação, cada uma delas tendo se manifestado pela maioria relativa de seus membros. CF, art. 60, *caput*, incisos I, II e III e §2º. Os §§ 1º e 5º do mesmo artigo tratam de limitações circunstanciais e temporal ao poder constituinte secundário.

Uma segunda noção que pode ser empregada para esclarecer a ideia de emendas constitucionais inconstitucionais é a de que existe uma hierarquia entre as normas de uma constituição, a qual pode ser traduzida pela ideia de *superconstitucionalidade* (VIEIRA, 1999, p. 20–22). Nessa perspectiva, certas normas teriam sido consideradas de tamanha importância pelos constituintes que foram por eles colocadas em um plano distinto das demais. A tese de que existe uma tal hierarquia é mais defensável em Estados cujas constituições estabelecem, como a brasileira, restrições substantivas ao poder de emenda constitucional. Lê-se no art. 60, § 4º, de nossa constituição que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...]” – o que representa uma clara restrição ao poder constituinte secundário, pois tira de seu alcance a possibilidade de criar normas que tendam a suprimir certos elementos garantidos pela constituição⁹. No Brasil, esses dispositivos, ou, mais propriamente, as matérias por eles protegidas contra emendas que tendam a aboli-las costumam ser denominadas “cláusulas pétreas”¹⁰.

Antes de ir mais a fundo na análise da ideia de *superconstitucionalidade* e das limitações ao poder constituinte secundário, é importante distinguir aquele conceito da expressão “supraconstitucionalidade”. Esta se refere à existência de limites extrajurídicos ao poder constituinte, em geral, aplicáveis tanto ao poder constituinte primário quanto ao secundário. Defensores dessa ideia apoiam-se em concepções de direito natural para sustentá-la. Seus detratores, por outro lado, negam a possibilidade de se construir teorias objetivas envolvendo o direito natural, pela ausência de uma base textual para o que seria aquele direito, deixando à escolha de quem teoriza ou aplica o direito quais seriam seus princípios e exigências¹¹. Esses temas não são atinentes à discussão que proponho aqui, já que ela se restringe aos limites *constitucionais* ao poder constituinte *secundário*. Não há, portanto, necessidade de maior desenvolvimento.

De volta à superconstitucionalidade, deve-se ter em vista que esse conceito também é

⁹ As matérias protegidas em face do poder de emenda correspondem aos quatro incisos do §4º do artigo 60, que são, respectivamente: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. Poderíamos sintetizá-las em duas categorias: i) direitos e garantias; e ii) características da forma de Estado adotada (que não deixam de ser, também, em certo sentido, garantia da liberdade individual).

¹⁰ Cf., por exemplo, Aranha (2000), Ferreira Filho (1995), Silva (2001), Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 291–314). Em outros países, são comuns termos como cláusulas “de eternidade”, “não-emendáveis” (*unamendable*), “imutáveis”, “inalteráveis”, “perpétuas” (ROZNAI, 2017, p. 16).

¹¹ Para duas posições opostas a respeito do tema, já entrando na discussão acerca do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, cf. Bachof (2014) (sustentando a existência de tais limites e da objetividade do direito natural concebido como um “mínimo ético” necessário para a existência uma ordem jurídica que se pretenda obrigatória; é uma espécie de vedação à arbitrariedade. Cf., especialmente, pp. 41-44 e 83) e Gözler (2008, p. 73–74) (negando a possibilidade de se identificar, objetivamente, os princípios do direito natural e, como consequência, de empregá-lo em uma teoria acerca da inconstitucionalidade de normas constitucionais).

alvo de críticas, especialmente, no caso de constituições que não impõem, explicitamente, limites materiais ao poder constituinte secundário. Nos casos em que essas limitações estão presentes, existe pouca divergência a respeito da impossibilidade de alterar os dispositivos ou temas protegidos. Já em países nos quais não existem cláusulas constitucionais desse tipo, discute-se a possibilidade de que algumas mudanças do texto constitucional sejam incompatíveis com o próprio espírito – a essência, o núcleo, a *estrutura básica* – da constituição e, assim, implicitamente vedadas por ela. Essa ideia foi elaborada da seguinte forma em uma decisão da Corte Constitucional de Taiwan, onde a Assembleia Nacional é o órgão que exerce o poder constituinte secundário:

A Assembleia Nacional é um corpo instituído com a Constituição e por meio da autoridade desta. Seus poderes são a ela concedidos, também, por meio daquele documento. Embora a Emenda à Constituição tenha status igual ao das disposições constitucionais, qualquer emenda que altere as disposições constitucionais existentes relativas à natureza fundamental das regras de governo e ordem e, assim, a fundação da própria existência da Constituição, destrói sua própria integridade e substrato (TAIWAN, 2000) ¹²

Esse tipo de argumentação é questionado, exatamente, em face da ausência de disposições constitucionais que estabeleçam a imutabilidade ou a superioridade hierárquica de determinadas partes da constituição. Essa ausência implicaria que a constituição concedeu ao poder constituinte secundário competência para alterar todas as disposições presentes no texto, e a existência de hierarquia entre normas existiria apenas do ponto de vista político ou moral (GÖZLER, 2008, p. 75-76). Esse argumento aparece acompanhado da negação à possibilidade de quaisquer limites implícitos ao poder constituinte secundário. Conceitos que usualmente são empregados para estabelecer e efetivar tais limites, como “unidade interna”, “identidade”, “espírito da constituição” seriam vagos e não poderiam ser determinados de forma objetiva, especialmente, em situações nas quais não estão presentes no texto constitucional. O mesmo se aplica à ideia de “estrutura básica da constituição”, desenvolvida pela Suprema Corte indiana ao longo das últimas décadas (*ibidem*, p. 9, 69, 91 e 93). Em certo sentido, essa argumentação dissolve as fronteiras entre poder constituinte primário e secundário, ao menos nos casos em que o texto constitucional não estabelece, explicitamente, limites materiais à sua reforma.

¹² Cf., também, Albert (2018, p. 16–18).

Para os fins deste artigo, é importante deixar claro que a noção de emendas constitucionais inconstitucionais se baseia na distinção entre o poder que cria a constituição e o poder encarregado de reformá-la, dentro de uma lógica de delegação que subordina este poder àquele, pela hierarquia entre quem delega funções e quem as recebe (ROZNAI, 2017, p. 117-122).

Nessa lógica, faz sentido afirmar que o poder constituinte secundário não pode alterar traços essenciais da própria constituição que o cria, desnaturando-a ou a substituindo por algo que, materialmente, equivale a outra constituição. Esses são os raciocínios subjacentes a decisões da Suprema Corte indiana e da Corte Constitucional da Colômbia, respectivamente. A primeira desenvolveu, como já mencionei acima, uma “doutrina da estrutura básica da constituição”¹³, que exclui do âmbito do poder constituinte secundário aquilo que representaria o núcleo da constituição, seu arcabouço fundamental. A segunda trabalha com a ideia de que o poder constituinte secundário não pode ser empregado para a “substituição da constituição”. Pode-se dizer que essas duas doutrinas judiciais são análogas e se inserem no campo dos limites materiais implícitos a esse poder revisor. Essa observação pode ser bem ilustrada por trechos das decisões que marcaram o início de cada doutrina. A discussão, na Índia, pode ser descrita nos seguintes termos:

O eminente procurador-geral afirmou que todo dispositivo da Constituição é essencial: se não fosse, não teria sido posto na Constituição. Isso é verdade. Mas isso não coloca todas as disposições da Constituição no mesmo patamar. A verdade é que todo dispositivo da Constituição pode ser emendado desde que, no resultado, a fundação e estrutura básica da Constituição continue a mesma (ÍNDIA, 1973, par. 316).

A Corte colombiana, por sua vez, desenvolveu o raciocínio dessa forma:

Uma coisa é que qualquer artigo da Constituição pode ser reformado – o que está autorizado, pois nisso consiste o poder de reforma já que a Constituição não incluiu cláusulas pétreas nem princípios intangíveis de maneira expressa, como é o caso da colombiana – e outra coisa é que, sob pretexto de reformar a Constituição vigente, esta seja substituída por outra Constituição totalmente diferente – o que desnatura o poder de reformar uma Constituição e excederia a competência do titular desse poder (COLÔMBIA, 2003, par. 33).

¹³ Cf., para algumas discussões acerca do tema, Colón-Ríos (2008, p. 30–36), Gözler (2008, p. 88–95); Roznai (2017, p. 42–70).

É duvidoso se o argumento apresentado por Kemal Gözler para se contrapor à doutrina da estrutura básica é suficiente para lidar com a posição exposta nos excertos acima. Ambas as cortes reconhecem, ao contrário da Corte taiwanesa no trecho transcrito anteriormente, que, em princípio, qualquer dispositivo constitucional pode ser emendado, já que não há limite explícito a essa prática. Esse aspecto coincide com a posição de Gözler (2008, p. 93-94), que baseia seu argumento, exclusivamente, no texto da constituição, afirmando que não há dispositivo que preveja a existência de uma “estrutura básica” da constituição, nem que esta estaria fora do âmbito da competência do poder constituinte secundário. Assim, limitar tal poder com base na ideia de uma estrutura básica seria algo “desprovido de validade positiva” (*ibidem*, p. 94).

Para se contrapor a essa posição, é necessário voltar à natureza excepcional do poder constituinte secundário, que se localiza entre o poder constituinte primário e o poder legislativo ordinário. Ainda que possa modificar disposições constitucionais, por ser um poder delegado, é, por natureza, limitado. Na teoria do poder constituinte, um regime constituído não compreende poderes ilimitados (SCHMITT, 1982, p. 118) – como seria o poder de reforma para Gözler, na falta de limitações materiais expressas no texto constitucional. Essa percepção pode ser embasada nas ideias de Carl Schmitt, para quem “*reforma constitucional não é destruição da Constituição*” (*ibidem*, p. 119)¹⁴. Para ele, ainda que o poder de reforma da constituição seja uma competência excepcional, ele não deixa de ser uma competência e, assim, limitado. No mesmo sentido da argumentação das cortes de Índia e Colômbia, o autor sustentava que uma multiplicidade de dispositivos constitucionais poderia ser emendada, desde que isso não comprometesse a unidade e a continuidade da constituição (*ibidem*, p. 119). Dentro desses parâmetros é que podemos falar em limites – inclusive implícitos – ao poder constituinte secundário e, consequentemente, em emendas constitucionais inconstitucionais.

3 METODOLOGIA

3.1 A SELEÇÃO DOS ACÓRDÃOS

Nesta seção, apresento brevemente o caminho que segui para encontrar e escolher os acórdãos a serem analisados nesta pesquisa. A seção seguinte (3.2) dedica-se à exposição do método empregado para a análise efetiva dos documentos.

¹⁴ Otto Bachof (2014), repetidamente citado como precursor da teoria das emendas constitucionais inconstitucionais (fora dos EUA), remete com frequência à obra de Schmitt.

O primeiro recorte realizado para a escolha das decisões a serem analisadas aqui foi temporal: começa em 5 de outubro de 1988, data em que foi promulgada a constituição brasileira em vigor, e termina em 29 de junho de 2018, data fixada arbitrariamente para delimitar o âmbito da pesquisa e dia em que consolidei os resultados das buscas por decisões. O amplo período foi escolhido devido à percepção de que o número de decisões relevantes para os fins desta pesquisa – isto é, decisões sobre a constitucionalidade de emendas à constituição – foi relativamente pequeno desde a promulgação do texto constitucional e, assim, seria possível analisar todos os acórdãos publicados até então.

O próximo passo refere-se à limitação do universo de análise às decisões sobre “constitucionalidade” de emendas à constituição realizadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ou seja, estão fora da análise eventuais decisões tomadas monocraticamente pela relatora, relator, ou presidente da corte. Isso se justifica, porque decisões finais sobre o mérito da ação apenas podem ser tomadas pela maioria absoluta dos membros do tribunal¹⁵. Ali, na decisão definitiva, que pode excluir de forma irrecorrível uma norma do ordenamento jurídico brasileiro, é que devem aparecer os principais argumentos para justificar a competência do STF para retirar a eficácia dessas normas. Essa opção poderia ser questionada em face de constatações feitas por outras pesquisas empíricas de que decisões de natureza essencialmente provisória – sejam tomadas monocraticamente ou pelo plenário –, muitas vezes, acabam se perpetuando em função da inércia do tribunal para chegar a uma decisão definitiva (FALCÃO *et al.*, 2014, p. 29–51). Neste trabalho, porém, construo uma análise a partir de uma perspectiva fisiológica – de funcionamento normal – e não patológica – defeituosa – da corte. Isso não significa negar aquela patologia, mas não justifica que se exija o mesmo tipo de fundamentação para decisões de natureza provisória e de natureza definitiva, pois isso representaria uma verdadeira institucionalização do funcionamento desviante.

Tendo definido o período a ser abrangido pela pesquisa, passei a procurar as ações relevantes por meio das ferramentas de busca disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal. Recorri, para tanto, ao banco de dados “ADI, ADC, ACO E ADPF”, que pode ser encontrada na aba “Processos” da página principal do portal eletrônico do tribunal. Ali, escolhendo a base “ADI”, busquei os seguintes termos, constantes na ementa ou indexação dos acórdãos: *emenda adj constitucional*; *(emenda adj constitucional)* ou *(emenda adj constituição federal)*; *emend\$ constituciona\$*; e *(emenda adj constitucional)* ou *(emenda adj constituição adj federal)* e *((po-*

¹⁵ CF, art. 97.

der adj constituinte adj derivado) ou (*legislador adj constituinte adj derivado*)). Todas as tentativas levaram a 793 processos, à exceção da segunda, que trouxe 795 processos. Cabe mencionar que, nessa base, por se tratar de “processos” e não de “jurisprudência”, estão incluídos processos ainda em andamento e sem qualquer tipo de decisão pelo plenário.

Por não ter encontrado nenhum outro mecanismo de busca efetivo para o fim a que me propunha, examinei os 795 resultados trazidos pela busca descrita no parágrafo anterior¹⁶. Na base consultada, os processos estão organizados de acordo com sua numeração, em ordem decrescente, ou seja, dos mais recentes para os mais antigos (considerada a ordem em que foram protocolados junto ao tribunal). Além da classe (no caso, ADI) e número da ação, são apresentados o local (UF) e o relator. Nas ADIs que discutem a constitucionalidade de emendas constitucionais, o local da ação deve ser sempre o Distrito Federal, pois o requerido é, necessariamente, o Congresso Nacional – o órgão responsável pela criação da norma questionada¹⁷. Essa constatação me permitiu desconsiderar boa parte dos resultados obtidos na busca – muitos dos quais, observei, lidavam com a constitucionalidade de dispositivos de constituições estaduais.

Dos 795 resultados encontrados, 111 eram processos com origem no Distrito Federal cujo objeto era uma emenda à Constituição Federal. Cotejei esse resultado com dois grupos de ações que haviam sido elaborados em um momento de planejamento da pesquisa, um a partir de buscas exploratórias e outro pela busca na ferramenta “pesquisa de jurisprudência” pelos termos (*cláusula adj pétrea*) e (*emenda constitucional*). Com isso, constatei que os resultados destas buscas anteriores estavam contidos naqueles 111 da busca descrita anteriormente. Assim, não houve razão para acreditar que a amostra encontrada não corresponde à totalidade das ADIs relevantes propostas contra emendas constitucionais entre 5 de outubro de 1988 e 29 de junho de 2018¹⁸. Após excluir ações sem nenhum tipo de decisão pelo plenário, cheguei a um total de 53 ações, algumas das quais tinham mais de uma decisão, por terem sido objeto de análise em sede cautelar antes da decisão final. Algumas das ações haviam sido julgadas conjuntamente.

¹⁶ Tentei empregar a ferramenta “índice de ADI”, que já fora empregada em pesquisas semelhantes no passado (MORAIS, 2011; ROSILHO, 2007), mas ela parece não ser mais atualizada e não consegui, nem mesmo, encontrá-la a partir do site do Supremo Tribunal Federal, tendo de realizar uma pesquisa no Google para chegar a ela. Isso levantou dúvidas quanto à sua credibilidade e, portanto, preferi não a utilizar.

¹⁷ Encontrei, na monografia de André Rosilho (2007), uma ação proposta contra dispositivos das ECs 19 e 41 (ADI 3867), cujo estado de origem era o Rio de Janeiro. Ela é pouco relevante para fins deste trabalho, pois não foi conhecida por decisão monocrática da relatora Cármen Lúcia. É, porém, um indicativo da possibilidade de que este trabalho não abranja todas as ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas à constituição propostas no período analisado. Não há, todavia, razões para acreditar que minha pesquisa não cubra todas as ações *relevantes* para seus objetivos.

¹⁸ A única razão para duvidar que a amostra equivale a *todas* as ADIs propostas contra ECs nesse período é a ressalva mencionada na nota anterior.

Uma leitura prévia das ementas dos acórdãos e do inteiro teor de alguns deles, trouxe a percepção de que, no caso de ações que não foram conhecidas pelo STF – em geral por falta de legitimidade ativa por parte do proponente da ação –, julgadas prejudicadas, ou extintas sem resolução do mérito, o debate gira, essencialmente, em torno de questões processuais. Não se chega ao mérito da questão constitucional e, tampouco, discute-se a competência do STF para apreciá-la. Esse foi o caso de 16 ações¹⁹. Ainda que essas questões processuais tenham sua importância e a análise de seu tratamento pelo STF possa ser proveitosa, ela foge do escopo deste trabalho. Afastei tais ações, permanecendo com outras 37. Uma situação peculiar se apresentou com a ADI 926, que teve medida cautelar deferida em 1º de setembro de 1993 e, posteriormente, em 2 de março de 1994, foi julgada prejudicada²⁰. A ementa da decisão a respeito da medida cautelar traz elementos de discussão acerca da competência do STF para decidir sobre emendas constitucionais. Por ser esta uma pesquisa qualitativa, na qual se busca analisar exatamente esse debate, optei por mantê-la no universo de análise.

Apliquei o mesmo filtro de leitura de ementas às decisões referentes a medidas cautelares de ações que foram, após o julgamento dessas medidas, julgadas prejudicadas por decisão monocrática – em geral, por perda de objeto. Eliminei mais cinco ações nesse processo, duas das quais tinham tido julgamento conjunto²¹, pela ausência de indícios, na ementa, de que a questão relevante para esta pesquisa tivesse sido discutida. Não encontrei nenhum outro motivo que justificasse afastar parte das ações restantes (que totalizam 32), sem que o universo de análise ficasse excessivamente restrito, limitando mais que o necessário o âmbito dessa pesquisa. Isso teria ocorrido, por exemplo, se fossem excluídas as ações cuja ementa não faz referência à discussão que procuro analisar aqui: restariam apenas 11 ações.

Considerando que algumas ações tinham mais de uma decisão, por terem sido apreciadas tanto cautelarmente, quanto em definitivo e que algumas dessas ações foram julgadas em conjunto e, assim, ou deram origem a apenas um acórdão, ou a múltiplos acórdãos com pouquíssima diferença entre si²², dessas 32 ações extraí 31 acórdãos. Eles compõem o material analisado a fim de verificar como o Supremo Tribunal Federal lida com a justificação do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

¹⁹ São elas: ADI 913, ADI 928, ADI 935, ADI 941, ADI 947, ADI 1749, ADI 1967, ADI 2009, ADI 2025, ADI 2047, ADI 2159, ADI 2242, ADI 2760, ADI 2883, ADI 4372 e ADI 4400.

²⁰ ADI 926 QO. Relator: min. Sydney Sanches. DJ, 29 abr. 1994, p. 100. Republicação: DJ, 6 maio 1994, p. 10485.

²¹ ADI 949, ADIs 1497 e 1501 (julgamento conjunto), ADI 3472 e ADI 4310.

²² Analisei, brevemente, os casos em que duas ou mais ações foram decididas conjuntamente, mas deram origem a mais de um acórdão. Constatei, em todas as situações, que os pontos de discrepância eram irrelevantes para os fins deste trabalho.

3.2 A ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS

Depois de selecionados, os 31 acórdãos relevantes foram, a partir da leitura de suas ementas, subdivididos em dois grupos: i) aqueles que contêm, na ementa, referência à discussão relevante para fins desta pesquisa; e ii) aqueles que não a contêm. Os acórdãos do primeiro grupo, que totalizavam 11, como já mencionei acima, foram submetidos a uma leitura mais aprofundada e detalhada e sintetizados em fichas. Nessas fichas, incluí as seguintes informações: tema discutido, requerente(s), data de autuação, data de julgamento, norma(s) questionada, relator(a), fundamento da impugnação, decisão²³, elementos de fundamentação do controle de emenda constitucional, precedentes citados relativamente ao controle de emendas e, eventualmente, “outras manifestações relevantes”²⁴. Isso foi feito a fim de facilitar a identificação das ações e de seus elementos mais pertinentes, bem como permitir a identificação de eventuais padrões ou similaridades entre elas.

O segundo grupo, formado pelos 20 acórdãos restantes, foi submetido a um procedimento semelhante, mas mais simples. A leitura desses acórdãos foi mais superficial, embora não menos rigorosa, e deu origem a fichas com as seguintes informações: tema, requerente(s), data de autuação, data de julgamento, norma(s) questionada(s), relator(a), decisão²⁵, elementos de fundamentação do controle de emenda constitucional, precedentes citados relativamente ao controle de ECs e, eventualmente, “outras manifestações relevantes”²⁶. Em 13 desses acórdãos, não havia elementos relevantes para a justificação do controle de constitucionalidade de emendas à constituição.

A fim de tornar a visualização de algumas dessas informações mais fácil, foram construídas, ainda, quatro tabelas, que equivalem, em parte, aos recortes realizados na seleção dos acórdãos²⁷: a primeira inclui todas as ADIs com origem no Distrito Federal registradas na página do STF na internet até o dia 29 de junho de 2018 que tivessem por objeto uma emenda constitucional. A segunda compreende apenas as ADIs que tiveram algum tipo de decisão pelo plenário do tribunal, e a terceira, apenas aquelas 32 ações cujos acórdãos tiveram seu conteúdo

²³ Variações de procedente/improcedente em casos de decisões finais e de concedida/ não concedida em julgamentos de medidas cautelares.

²⁴ Estas se referem, em geral, a discussões dos ministros acerca do poder constituinte e dos limites ao poder de emenda, mas que não representam, propriamente, respostas a uma pergunta no sentido de “por que o STF pode analisar a validade de ECs?” ou “é legítimo que o STF faça tal controle?”, etc.

²⁵ V. nota 23 acima.

²⁶ V. nota 24 acima.

²⁷ V. seção 3.1. acima. Optei por excluir das tabelas a ADI 3867, por representar uma anomalia dentro dos meus resultados. V., sobre isso, a nota 6 acima.

efetivamente analisado. Por fim, a quarta tabela congrega apenas as ações que tiveram decisão final pelo plenário acerca da constitucionalidade de uma emenda à constituição.

A partir dessa sistematização das informações extraídas dos acórdãos, procurei identificar padrões argumentativos, tanto “do tribunal”, quanto de ministras e ministros individuais, além de testar a hipótese de que, com a consolidação da prática do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, argumentos relativos à sua justificação perderiam espaço e importância nos votos. Os resultados foram organizados em alguns tópicos apresentados à frente.

4 A JUSTIFICAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 A AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO E A “JUSTIFICAÇÃO PADRÃO”

Uma primeira observação a ser feita a respeito do tema liga-se à presença de elementos relevantes de justificação da prática de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no STF. Dos 31 acórdãos analisados, em 17 deles havia alguma manifestação a respeito, ainda que apenas de um ministro – o que foi o caso das ADIs 926 MC, 1420 MC, 2024 MC, 2024, 1805 MC, 4357 e 2732²⁸ – ou uma ministra, como na ADI 5296²⁹. A recorrência dessa situação, que aparece em praticamente metade dos acórdãos nos quais justificativas para o controle de emendas estão presentes, é significativa e pode indicar que ministros e ministras consideram a discussão pouco relevante e, além disso, ser um sintoma de falta de diálogo entre os votos.

De qualquer forma, nos acórdãos em que algum tipo de justificativa se apresenta, é possível identificar alguns padrões no raciocínio desenvolvido para construí-la. Um aspecto relevante é que nem sempre as justificativas se apresentam de forma tão clara. Eventualmente, alguns dos elementos que formam aquilo que denominei “justificativa padrão” – construída a partir de aspectos recorrentes em diversos votos de diferentes acórdãos – aparecem sozinhos, sem um encadeamento voltado à resposta da pergunta *por que o STF pode controlar a constitucionalidade de emendas à constituição?* Essa constatação representa uma realidade na qual

²⁸ Os quatro primeiros acórdãos pertencem ao primeiro grupo, e os demais, ao segundo. Os ministros que se manifestaram em cada um deles foram, respectivamente: Celso de Mello, Néri da Silveira (relator), Sepúlveda Perence (ADI 2024 tanto no julgamento da medida cautelar, quanto na decisão final; relator), Néri da Silveira (relator), Dias Toffoli e Dias Toffoli (relator).

²⁹ Esse acórdão pertence ao segundo grupo. A ministra que se manifestou foi Cármen Lúcia.

integrantes do tribunal apenas tangenciam sua legitimidade para analisar emendas constitucionais, mas indica, também, a possibilidade de que exista algo como uma “doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais” no tribunal, ainda que não completamente associada à discussão sobre sua legitimidade para anulá-las³⁰.

A justificativa padrão é formada por dois pilares básicos, que estão sempre presentes, e outros três que aparecem com menos frequência, combinados ou não. Seus pilares centrais são: i) algum tipo de teoria do poder constituinte, que distingue constituinte originário e derivado³¹; e ii) aquilo que Carlos Santiago Nino chamou de “lógica de Marshall” (NINO, 1989, p. 80; SILVA, 2009, p. 199–203), aqui ligada a uma ideia de hierarquia entre normas constitucionais. Esses dois elementos figuram, de forma mais ou menos clara, em todas as justificativas apresentadas para o controle de constitucionalidade de emendas – o que é esperado. A distinção entre o poder que cria uma constituição e o que é encarregado de reformá-la é essencial para que se possa conceber a noção de emendas constitucionais inconstitucionais. Afirmar que o STF emprega uma teoria do poder constituinte para justificar sua atuação, entretanto, não significa dizer que o tribunal – ou mesmo integrantes individuais – desenvolve ou apresenta uma *boa* teoria ou uma teoria *completa*. Em geral, essa distinção é lançada como um truísmo que não exige maiores construções teóricas para se manter. Essa conclusão pode ser extraída, por exemplo, do seguinte trecho do voto proferido pelo ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 926 MC:

As denominadas cláusulas pétreas representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembleia Nacional Constituinte, do poder de reforma do Congresso Nacional, evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte derivado. (BRASIL, 1993b, p. 201)³²

O mesmo se nota em pronunciamento do mesmo Celso de Mello, na ADI 939, em que o ministro afirma a limitação do poder constituinte derivado pelas decisões do poder constituinte originário, chegando à conclusão de que “[...] não assiste ao Congresso Nacional qualquer poder

³⁰ À luz de uma pesquisa anterior (MORAIS, 2011) que examinou essa questão, ainda que não formulada exatamente nesses termos, parece difícil dizer que exista uma tal doutrina no STF. No máximo, poderíamos pensar que há elementos de uma doutrina ou subsídios para sua construção.

³¹ Em geral, essa é a terminologia empregada nos votos.

³² Destaques suprimidos. Nos acórdãos mais recentes, os números de página citados referem-se à numeração padronizada inserida na parte superior da página, centralizada. Em acórdãos mais antigos, em que tal numeração não estava presente, remeto aos números presentes no canto superior direito de cada página.

de rever ou de reapreciar o sistema de valores essenciais consagrados pela Constituição” (BRASIL, 1993c, p. 297). Outra manifestação relevante no mesmo sentido é a de Néri da Silveira na ADI 1420 MC, na qual o ministro afirma que o processo de mudança da constituição é limitado pelo próprio texto constitucional, já que foi por ele criado.

Tendo estabelecido que o poder constituinte secundário é limitado, os votos, em geral, passam à aplicação da lógica subjacente à própria prática do controle de constitucionalidade – fundada na noção de regularidade das normas jurídicas – qualificada pela ideia de que os juízes, por serem responsáveis pela aplicação das leis, é que devem verificar tal regularidade. Esse raciocínio nem sempre aparece de forma expressa. Muitas vezes, se manifesta pela utilização de conjunções conclusivas, ou expressões equivalentes, associando argumentos sobre a limitação do poder constituinte secundário à legitimidade judicial para efetivar tais limites. O exemplo mais claro e mais relevante – pois repetido em diversas decisões – desse tipo de raciocínio é encontrado em votos do ministro Celso de Mello:

É preciso não perder de perspectiva, pois, que as reformas constitucionais podem revelar-se incompatíveis com o texto da Constituição a que aderem ou a que se referem, quer assumam, no plano instrumental ou na esfera procedimental, o caráter de emenda ou a natureza de revisão da Carta Política. *Daí* a plena sindicabilidade jurisdicional dos processos de mutação formal da Constituição [...] (BRASIL, 2007b, p. 154).³³

Esse é o principal ponto de fragilidade da argumentação do STF a respeito do tema, porque consiste em uma conclusão que não se extrai das premissas apresentadas. Não há nada no fato de que emendas constitucionais podem ser inconstitucionais que leve, necessariamente, ao controle judicial (BACHOF, 2014, p. 70). Do simples fato de que um tribunal é incumbido de controlar a constitucionalidade de leis, não se depreende que ele *deve* apreciar, também, emendas à constituição. É necessário agregar a esse fato argumentos teóricos que sustentem a possibilidade do controle de emendas. Note que, já nesse aspecto, a justificativa padrão falha, por se basear em uma lógica imperfeita. Isso não exclui, porém, a importância de se analisar os demais elementos que, eventualmente, aparecem conjugados a seus dois pilares principais.

Associadas à argumentação descrita acima, aparecem, com alguma frequência, iii) afirmações sobre o papel de *guardião da constituição*, atribuído ao STF pelo art. 102, *caput*, do

³³ Todos os destaques do original, exceto a ênfase em “daí”, foram suprimidos. Esse trecho aparece nos votos de Celso de Mello nas ADIs 2395, 2356 MC e 3105. Ele faz parte de um texto que se repete, com algumas diferenças, em boa parte das manifestações do ministro sobre o tema (cf. ADIs 833, 926 MC e 5316 MC, além das ações já referidas acima).

texto constitucional; iv) comentários acerca da identidade da constituição e a necessidade de preservá-la; e v) remissões a casos anteriores que firmaram o entendimento do tribunal a respeito do cabimento de ADIs contra emendas constitucionais.

O elemento *iii* baseia-se, essencialmente, em uma disposição constitucional aberta³⁴, que precede a enumeração de competências do tribunal. É questionável que se possa derivar daquele dispositivo a compreensão de que o Supremo Tribunal Federal pode exercer uma competência de tamanho relevo e delicadeza quanto o controle de constitucionalidade de emendas à constituição. Há, inclusive, argumentos em contrário: nos casos em que determinado tribunal não tem algo como uma “jurisdição geral”, mas sim, competências exaustivamente previstas pela constituição, ele apenas poderia agir de acordo com as competências ali estabelecidas (GÖZLER, 2008, p. 10–13)³⁵. Esse componente das justificativas apresentadas no tribunal para o controle de emendas parece ser empregado como trunfo, para justificar qualquer tipo de atuação da corte, como se verifica nos seguintes pronunciamentos:

O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo [...] (BRASIL, 2004, p. 369).³⁶

Verifica-se, dessa maneira, que a experiência constitucional brasileira está a demonstrar o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, da competência maior que o constituinte originário lhe conferiu, no art. 102 da Carta Magna, de guarda da Constituição (*idem*, 1998, p. 2358).³⁷

E o mais significativo de todos:

E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle de constitucionalidade lhe é outorgado - impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda e observância desta, *está ele acima dos demais Poderes*, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência de poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função

³⁴ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

³⁵ Em relação ao Supremo Tribunal Federal a discussão seria um pouco mais complexa, porque Gözler constrói seu argumento em torno da oposição entre os modelos estadunidense e europeu de controle de constitucionalidade, e o sistema brasileiro não se encaixa, propriamente, em nenhuma dessas categorias. Ainda assim, seria de se esperar uma argumentação mais sólida de um tribunal exercendo uma competência que não lhe foi expressamente atribuída.

³⁶ Voto do min. Celso de Mello.

³⁷ Voto do min. Néri da Silveira.

que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga (*idem*, 1993a, p. 312).

38

Nos três excertos transcritos acima, trata-se a expressão “guarda da constituição” do art. 102 do texto constitucional como uma norma de competência. Afirma-se que os constituintes atribuíram ao STF tal função e daí adviria a possibilidade de analisar a regularidade de emendas constitucionais. Moreira Alves vai ainda mais longe, afirmando, expressamente, a supremacia do Supremo Tribunal Federal, uma posição bastante contestável, tanto por dificuldades democráticas, quanto por uma impossibilidade empírica de efetiva supremacia (MENDES, 2011a). Embora de forma menos clara, o próprio emprego dessa expressão implica ideias de supremacia e paternalismo e pode inibir a ação de outros atores, inclusive de cidadãos e cidadãos, na defesa da constituição (JONES, 2018).

Deixando de lado implicações negativas advindas do emprego do termo “guardião da constituição”, já que este deriva de um dispositivo constitucional, é importante chamar atenção para o fato de que ele não tem conteúdo normativo claro – dele não se depreende nenhuma consequência jurídica imediata. A construção de um argumento a partir desse termo exige mais do que sua simples utilização como figura retórica: é preciso definir, claramente, os limites e o sentido da expressão. De forma mais direta, é preciso responder à pergunta *o que significa ser guardião da constituição?* Não se nota, nos acórdãos analisados, nenhum esforço nesse sentido.

Ainda que essa figura não seja – e por sua relativa fragilidade, nem possa ser – o cerne da argumentação empregada para justificar a competência para se analisar a regularidade de emendas à constituição, desenvolvê-la de forma mais sólida e consistente poderia trazer mais legitimidade à prática. Este seria um passo importante para o STF em sua constante busca por legitimação.

De volta aos elementos secundários da justificativa padrão, temos argumentos que apelam à necessidade de manter a identidade da constituição (*iv*). É possível associar esse aspecto da argumentação apresentada no Tribunal ao elemento *i*, já discutido acima – uma teoria do poder constituinte. A identidade da constituição aparece, às vezes, com referências a um “núcleo essencial”, como no voto de Gilmar Mendes na ADI 2395, ou um “sistema essencial de valores”, nas palavras de Celso de Mello no mesmo julgamento. Expressões congêneres, como “núcleo temático intangível” (BRASIL, 2007b, p. 156) e “identidade político-ideológica” da constitui-

³⁸ Voto do min. Moreira Alves. Grifei. Note-se que, no primeiro período do excerto, há um elemento daquilo que, empregando expressão de Carlos Nino, chamei de “lógica de Marshall”.

ção (*idem*, 2011, p. 125) são frequentes e servem para justificar limitações explícitas e implícitas ao poder constituinte secundário. Vêm sempre acompanhadas de apelos à distinção entre poder fundacional e poder reformador, exatamente por dizerem respeito a algo que foi estabelecido por aquele e, assim, não poderia ser alterado por este.

As bases para tal raciocínio podem ser encontradas no pensamento de Carl Schmitt, referido explicitamente no voto do ministro Gilmar Mendes na ADI 2395, em que ele afirma a distinção traçada pelo autor alemão entre modificar e abolir, argumentando que a “continuidade e identidade” da constituição devem ser preservadas (*idem*, 2007b, p. 128).

Este conceito, embora empregado com certa frequência – tanto na doutrina³⁹, quanto na própria jurisprudência do STF –, não foi construído de forma consistente na literatura brasileira. Uma breve análise de seu uso indica a precariedade de suas bases teóricas. Ele costuma aparecer acompanhado de uma mesma transcrição literal da obra de Carl Schmitt, autor alemão cujas principais obras foram publicadas ainda na primeira metade do século XX, e que sustentava que “*reforma constitucional não é destruição da Constituição*” e que o poder de emenda só poderia ser exercido de forma a preservar “*a identidade e continuidade da Constituição considerada como um todo*” (SCHMITT, 1982, p. 119). Pouco mais que isso é oferecido para descrever e justificar o conceito. Em geral, afirma-se, como um truísmo, que a constituição é dotada de uma “identidade” ou de um “espírito” que não poderia ser modificado, mas não são apresentados argumentos para esclarecer por que um conjunto de normas jurídicas, como a constituição, possuiria tal qualidade, nem por que ela implicaria a impossibilidade, sem disposições textuais expressas, de reformar algumas matérias do texto. O conceito de “identidade da constituição” parece representar, nos acórdãos analisados, mero elemento retórico, uma espécie de “perfumaria” que nada acrescenta à substância dos argumentos.

Por fim, o terceiro tipo de argumento que aparece, eventualmente, associado à justificativa padrão (elemento v) diz respeito a uma lógica de precedentes. Remete-se a decisões anteriores que já teriam estabelecido o entendimento do Tribunal acerca do tema – no caso, sobre o cabimento de ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas à constituição. Analiso-o em uma seção à parte, pois ele se relaciona à naturalização dessa competência extraordinária assumida pelo STF e, assim, é elemento de destaque em sua consolidação.

4.2 A CONSOLIDAÇÃO DE UMA PRÁTICA

³⁹ V., por exemplo, Bedê (2006), Lopes (1993, p. 145), Mendes (1997, p. 79) e Sarlet (2003, p. 85). Atualmente, estou trabalhando em um projeto que analisa mais extensamente o uso deste conceito no Brasil.

À medida que decisões sobre a constitucionalidade de emendas à constituição foram se tornando mais recorrentes, passaram a surgir, nos acórdãos, referências a decisões anteriores em que o STF já decidira sobre a questão, muitas vezes tratada como preliminar, da admissibilidade de ADIs contra emendas constitucionais. É natural e, pode-se argumentar, até desejável que seja assim⁴⁰. Mas se a argumentação empregada nas decisões citadas como referência é precária – o que é o caso, como procurei argumentar na seção anterior –, o valor de se basear em julgamentos passados é pouco mais que mera retórica.

A falsidade da hipótese de que as justificativas para o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais estariam se tornando mais escassas com o passar dos anos pode ser indício desses problemas argumentativos. Em certo sentido, talvez seja possível afirmar que o assunto não está definitivamente sedimentado no tribunal, embora a prática esteja. Pode haver, ainda, uma necessidade de justificá-la, que pode, inclusive, estar ligada a fatores externos, como a pressão exercida por outros atores políticos ou como a percepção, em determinados momentos, de que o STF tem pouca legitimidade. Esses fatores estão além do escopo deste trabalho, mas analisá-los pode ajudar a identificar algum tipo de padrão temporal no aparecimento de justificativas para o controle de emendas, que parece não estar presente quando se olha apenas para as próprias decisões. Tais justificativas aparecem desde os primeiros casos em que o tribunal decidiu sobre a constitucionalidade de emendas constitucionais, no início da década de 1990, passando por decisões ao longo de toda essa década e das duas décadas seguintes.

Quanto ao conteúdo da argumentação baseada em precedentes, pode-se dizer que ele é bastante enxuto. Em geral, os ministros apenas citam decisões anteriores, afirmando que o tribunal já decidira a respeito do tema, isto é, já afirmara sua competência para realizar o controle de constitucionalidade de emendas ou que o tema já estava “pacificado” na corte⁴¹. Isso, em si, não constitui um grande problema. A questão é a solidez das decisões referidas como precedentes - se são baseadas em argumentos precários, recorrer a elas apenas perpetua um déficit de legitimidade do tribunal. Em vista das críticas ao uso de precedentes nos votos de integrantes do tribunal, é difícil extrair conclusões sólidas dessa constatação⁴². Ela serve, no máximo, como

⁴⁰ Críticas à forma de o STF lidar com precedentes, fundadas em uma perspectiva que se aproxima dessa ideia podem ser encontrados em Mendes (2012, p. 72) e Silva (2013, p. 577).

⁴¹ Cármen Lúcia na ADI 4307 MC-REF (BRASIL, 2013). Outras manifestações nesse sentido podem ser encontrados em votos do ministro Néri da Silveira: “O STF já decidiu que, no âmbito do art. 102, I, ‘a’, da Lei Magna, compreende-se, também, a competência da Corte para julgar a validade de emenda à Constituição, à vista de seu art. 60 e parágrafos” (*idem*, 1996, p. 99) e Sepúlveda Pertence: “A viabilidade do controle de constitucionalidade abstrato de emenda constitucional – repressiva ou preventivamente –, [...] já está sedimentada na jurisprudência do Tribunal, conforme demonstram os precedentes citados quando do julgamento da cautelar e outros ulteriores” (*idem*, 2007a, p. 134).

⁴² V. nota 40 acima.

indício da percepção de supremacia do tribunal – discutida na seção anterior – entre alguns ministros.

4.3 UM PONTO DE PARTIDA TARDIO

Chama atenção o fato de que a argumentação mais desenvolvida e consistente apresentada no Supremo Tribunal Federal a respeito da justificativa do controle de constitucionalidade de emendas à constituição tenha aparecido não nas primeiras decisões sobre emendas, no início da década de 1990, mas muitos anos depois, em meados de 2007, na ADI 2395. As contribuições dos ministros Gilmar Mendes (relator) e Celso de Mello neste julgamento podem ser vistas como um ponto de partida para uma argumentação (ainda a ser construída dentro do tribunal) para justificar essa competência que o próprio STF reconheceu para si.

A percepção de que, a partir desse julgamento, poderiam ser estabelecidas bases para a competência do STF de controlar a constitucionalidade de ECs é sugerida, inclusive, pelo voto do ministro Gilmar Mendes, em que se lê:

Talvez fosse o caso de tecer uma profunda reflexão sobre a atuação da Jurisdição Constitucional no Brasil na fiscalização da constitucionalidade das emendas constitucionais. E creio que, após 17 anos da promulgação da Constituição, e muitas reformas realizadas, chegamos ao momento oportuno para tal reflexão. (BRASIL, 2007b, p. 126)

Em certo sentido, esse trecho pode ser visto como um reconhecimento de que, até aquele momento, a discussão fora pobre. Ainda que isso não seja capaz de sanar problemas de legitimidade oriundos da pobreza argumentativa das decisões anteriores – especialmente, por lidarem com uma competência de grande impacto político e não estabelecida expressamente pela constituição –, a proposta de se começar a debater o tema de forma mais qualificada tem seu valor. Todavia, o espaço criado nesse julgamento para que o tribunal começasse a construir uma argumentação mais sólida em torno do tema não foi aproveitado. Nas decisões subsequentes, ministras e ministros valeram-se dos mesmos padrões argumentativos que vinham sendo empregados anteriormente, com poucos acréscimos que, se tiveram algum impacto sobre a qualidade dos argumentos, foi um impacto negativo.⁴³

⁴³ É o caso de comentários sobre como a grande extensão do texto constitucional e o elevado número de emendas constitucionais legitimariam o controle destas pelo Tribunal. Esse tipo de raciocínio aparece na ADI 5316 MC (BRASIL, 2015).

O fato de essa oportunidade não ter sido aproveitada até agora não implica que alguns dos elementos trazidos pelos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello no julgamento da ADI 2395 tenham deixado de ser úteis para que se comece a construir uma posição mais sólida acerca da competência do STF para apreciar emendas constitucionais. Ambos os votos compreendem, de certa forma, versões mais estendidas e articuladas daquilo que chamei, na seção 3.1, de justificativa padrão⁴⁴ e, assim, fundam-se essencialmente na ideia de que, por ser o poder constituinte secundário limitado, cabe ao Judiciário, e mais especificamente ao STF, garantir a observância de tais limites.

O primeiro desses elementos – a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos e a consequente possibilidade de limitar o escopo das emendas constitucionais – é um aspecto consolidado da teoria constitucional⁴⁵. O controle judicial, por sua vez, foi mais contestado, inclusive em sua variedade hoje mais firmemente estabelecida⁴⁶ – o controle de constitucionalidade de leis ordinárias – e que, no Brasil, é expressamente prevista pela constituição.

Esse é um dos principais aspectos a serem aprimorados no futuro, já que a argumentação a respeito da existência de limites ao poder constituinte secundário é relativamente sólida e pode ser vista, inclusive, como um embrião para uma doutrina judicial das emendas constitucionais inconstitucionais a ser desenvolvida pelo STF. As construções feitas pelos dois ministros, com o recurso às ideias de Carl Schmitt, à existência de um “sistema essencial de valores da Constituição” (BRASIL, 2007b, p. 149) e à intangibilidade desse núcleo, conferem certa base teórica à afirmação dos limites ao poder de emenda.

Apesar de estar relativamente alinhada a uma posição teórica contemporânea bastante sólida, a mera referência a Schmitt, além de ser potencialmente anacrônica, pode permitir a incorporação de outros elementos de sua teoria à prática constitucional contemporânea, o que pode não ser desejável. Entretanto, como procurei demonstrar na seção 2 deste artigo, a teoria do poder constituinte e a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais a ela associada vêm sofrendo, ao longo dos últimos anos, uma atualização sistemática – que, se passa pela obra

⁴⁴ O voto de Celso de Mello nesse julgamento compreende a versão mais desenvolvida de um texto mais ou menos padronizado que ele apresenta em diversas outras ocasiões. Note-se que Celso de Mello é o ministro que mais se manifestou sobre o tema desde que o STF apreciou, pela primeira vez, a constitucionalidade de uma emenda constitucional: suas manifestações aparecem sob a rubrica “elementos de fundamentação do controle de emenda constitucional” em oito das 17 fichas que elaborei. É importante ter em mente, porém, que ele é, também, o ministro que mais tempo permaneceu no tribunal durante o período analisado – ele já era membro do tribunal na primeira decisão analisada, o julgamento conjunto das ADIs 829, 830 e 833. Por outro lado, o ministro Marco Aurélio, que também já era membro do tribunal naquela ocasião, manifestou-se sobre o tema estudado aqui apenas uma vez (na ADI 5316 MC, cujo acórdão data de 2015).

⁴⁵ Uma sólida argumentação nesse sentido foi desenvolvida recentemente em Roznai (2017), que sustenta uma posição que já é bastante corrente pelo menos desde Schmitt (1982 [1928]).

⁴⁶ Algumas das críticas mais contundentes foram apresentadas em Waldron (2006).

de Schmitt, não se prende a ela. Há contribuições importantes, tanto na literatura nacional⁴⁷, quanto na estrangeira, para justificar e legitimar o controle, ainda que restrito e cauteloso, de emendas constitucionais⁴⁸. O Supremo Tribunal Federal ainda precisa, porém, incorporar justificativas desse tipo à sua jurisprudência.

5 CONCLUSÃO

A principal constatação que se pode tirar da análise desenvolvida acima é que os argumentos empregados pelo Supremo Tribunal Federal para justificar o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais são problemáticos. A argumentação sobre o tema, quando presente, baseia-se essencialmente sobre os mesmos pilares, os quais, como vimos, são insuficientes para sustentar uma prática tão sensível quanto o controle de emendas.

Uma percepção secundária diz respeito à impossibilidade de se construir conclusões claras a respeito de uma lógica de aplicação de precedentes nos casos de controle de ECs e de algo como uma doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais. Embora existam alguns subsídios para sua elaboração, não se nota nenhum esforço do tribunal nesse sentido.

Por outro lado, é possível identificar alguns elementos que podem servir para aprimorar a argumentação do tribunal, encontrados, especialmente, nos votos dos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello na ADI 2395 (BRASIL, 2007b). Ainda que bastante embrionários, os argumentos apresentados ali podem ser importantes para que, em decisões futuras, o tribunal busque aumentar a legitimidade de suas decisões, tornando-as mais sólidas e consistentes. Em suma, o cenário composto pelas decisões tomadas até aqui é extremamente precário, mas existem caminhos, já parcialmente abertos, para melhorá-lo.

REFERÊNCIAS

ALBERT, R. The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments in Canada. *Boston College Law School Legal Studies Research Paper Series*, n. 376, p. 1–48, 2015.

ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018.

⁴⁷ Especialmente Mendes (2008, 2011b, 2012).

⁴⁸ Por exemplo, Colón-Ríos (2012) e Roznai (2017).

ALBERT, R. *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2019.

ARANHA, M. I. Conteúdo Essencial das Cláusulas Pétreas. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, v. 7, p. 389–402, 2000.

ARRUDA, A. L. G. de M. *O Supremo Tribunal Federal e o Controle Judicial de Emendas Constitucionais*. Monografia – Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2018.

BACHOF, O. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Reimpr. Coimbra: Almedina, 2014.

BARAK, A. Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israel Law Review*, v. 44, p. 321–341, 2011.

BEDÊ, F. S. Sisifo no Limite do Imponderável ou Direitos Sociais como Limites ao Poder Reformador. In: BONAVIDES, P.; LIMA, F. G. de; BEDÊ, F. S. (eds.). *Constituição e Democracia*. Estudos em Homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 89–118.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 829 (ADI 829). Requerente: Partido de Reedificação da Ordem Nacional – Prona. Requerido: Congresso Nacional. Relator: min. Moreira Alves. Brasília, 14 abr. 1993 [1993a]. *DJ*, 16 set. 1994, pp. 24278, ement. vol. 1758-01, pp. 62.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 939 (ADI 939). Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio - Cntc. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: min. Sydney Sanches. Brasília, 15 dez. 1993 [1993c]. *DJ*, 18 mar. 1994, pp. 5165, ement. vol. 1737-02, pp. 160.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2024 (ADI 2024). Requerente: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 3 maio 2007 [2007a]. *DJe*, n. 42, 22 jun. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2395 (ADI 2395). Requerente: Mesa da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: min. Gilmar Mendes. Brasília, 9 maio 2007 [2007b]. *DJe*, n. 92, 23 maio 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3105 (ADI 3105). Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: min^a. Ellen Gracie. Brasília, 18 ago. 2004. *DJ*, 18 fev. 2005, pp. 5, ement. vol. 2180-02, pp. 123.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4307 (ADI 4307). Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: congresso nacional; Partido Trabalhista Cristão – PTC; Partido da Mobilização Nacional - PMN. Relatora: min^a. Carmen Lúcia. Brasília, 11 abr. 2013. *DJe*, n. 192, 1 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 926 (ADI 926 MC). Requerentes: Governador do Estado do Paraná; Governador do Estado de Santa Catarina; Governador do Estado de Mato Grosso do Sul; Estado do Tocantins; Governador do Estado de Mato Grosso. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: min. Sydney Sanches. Brasília, 1 set. 1993 [1993b]. *DJ*, 6 maio 1994, pp. 10484, ement. vol. 1743-01, pp. 154.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1420 (ADI 1420 MC). Requerente: Partido Liberal - PL. Requerido: Congresso Nacional. Relator: min. Néri da Silveira. Brasília, 17 maio 1996. *DJ*, 19 dez. 1997. pp. 40. ement. vol. 1896-01. pp. 86.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1805 (ADI 1805 MC). Requerente: Partido Democrático Trabalhista - PDT; Partido dos Trabalhadores - PT; Partido Comunista do Brasil - PC do B; Partido Liberal - PL. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa do Senado Federal; Tribunal Superior Eleitoral. Relatora: min^a. Rosa Weber [Néri da Silveira]. Brasília, 26 mar. 1998. *DJ*, 14 nov. 2003. pp. 14. ement. vol. 2132-12. pp. 2272.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2356 (ADI 2356 MC). Requerente: Confederação Nacional Da Indústria - CNI. Requerido: Congresso Nacional. Relator: min. Néri da Silveira. Redator do acórdão: min. Ayres Britto. Brasília, 25 nov. 2011. *DJe*, n. 94, 19 maio 2011.

COLÓN-RÍOS, J. I. ¿Pueden haber enmiendas constitucionales inconstitucionales? Una mirada al derecho comparado. *Revista Jurídica U.I.P.*, v. 42, p. 207–259, 2008.

COLÓN-RÍOS, J. I. *Weak constitutionalism: democratic legitimacy and the question of constituent power*. London; New York: Routledge, 2012.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-551/03. Referencia: expediente CRF-001. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, D.C., 9 jul. 2003. Disponível em <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>. Acesso em: 8 jun. 2020.

FALCÃO, J.; HARTMANN, I. A.; CHAVES, V. P. *III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

FERREIRA FILHO, M. G. Significação e alcance das “Cláusulas Pétreas”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, p. 11–17, 1995.

GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: a comparative study*. Bursa: Ekin Press, 2008.

GUASTINI, R. Antinomias y Lagunas. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, v. 29, p. 437–450, 1999.

ÍNDIA. Suprema Corte. Writ Petition (civil) 135 of 1970. Kesavananda Bharati and Ors vs State of Kerala and Anr. Nova Délhi, 24 abr. 1973. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/257876/>. Acesso em: 8 jun. 2020.

JONES, B. C. “*Constitutional Paternalism: The Rise and (Problematic) Use of Constitutional ‘Guardian’ Rhetoric*” by Dr Brian Christopher Jones. University of Dundee – From the Selected Works of Brian Christopher Jones. Draft - final version forthcoming in Volume 51 of the New York University Journal of International Law & Politics. 2018. Disponível em: https://works.bepress.com/brian_jones/54/.

LANDAU, D. *Yale Journal of International Law* | *Rescuing the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: a reply to Richard Albert*. 26 fev. 2018. Disponível em: <http://www.yjil.yale.edu/rescuing-the-unconstitutional-constitutional-amendment-doctrine-a-reply-to-richard-albert/>

LOPES, M. A. R. *Poder Constituinte Reformador*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES, C. H. *Controle de constitucionalidade e democracia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, C. H. Neither Last Word Nor Dialogue: Deliberative Separation of Powers III. *Legisprudence*, v. 5, n. 1, p. 1-40, 2011a.

MENDES, C. H. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011b.

MENDES, C. H. O Projeto de uma Corte Deliberativa. In: VOJVODIC, A.; PINTO, H. M.; PAGANI, R. (eds.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 53–74.

MENDES, G. F. Os Limites da Revisão Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 21, p. 69–91, 1997.

MORAIS, L. C. *O Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas?* Monografia – Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2011.

NINO, C. S. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 4, p. 79–88, set./dez. 1989.

PECZENIK, A. A Theory of Legal Doctrine. *Ratio Juris*, v. 14, n. 1, p. 75–105, 2001.

ROSILHO, A. J. *O Perfil das Associações de Classe no Controle Constitucional de Emendas Constitucionais*. Monografia – Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2007.

ROZNAI, Y. *Unconstitutional Constitutional Amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SARLET, I. W. Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”. *Cadernos de Direito*, v. 3, n. 5, p. 78–97, 2003.

SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. 1. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

SILVA, V. A. da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração do quorum de 3/5 para a aprovação de emendas constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 226, p. 11–32, 2001.

SILVA, V. A. da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197–227, 2009.

SILVA, V. A. da. Deciding without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557–584, jul. 2013.

SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAIWAN. Corte Constitucional. J. Y. Interpretation No 499. Taipei, 24 mar. 2000. Disponível em inglês em <<https://law.judicial.gov.tw/LAWENG/FINT/data.aspx?NO=499&KW=&SDATE=&EDATE=&PAGE=1>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

VIEIRA, O. V. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

WALDRON, J. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346–1406, 2006.

