

Reforma Constitucional e o Controle de sua Validade*

JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA
Ministro do Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A Missão da Universidade e o Compromisso com a Sociedade e os Valores Fundamentais da Pessoa Humana: A Democracia Como Valor; A Consciência Jurídica Como Consciência de Valores na Vida Social; A Realização da Cidadania; A Universidade e a Reforma Constitucional; 3. A Mudança na Constituição e Sua Importância Para a Sociedade: Inconveniência de Repetidas Alterações; Soberania do Congresso Nacional Quanto ao Juízo de Conveniência e Oportunidade de Emendar a Constituição; 4. Mudança na Constituição e o Exercício do Poder Constituinte Instituído. Limites Materiais, Formais e Circunstanciais; 5. Cláusulas Pétreas e o Art. 60, § 4º, da Constituição. Inviabilidade de *Revisão Total*. A Extensão dos Limites Materiais. A Cláusula dos "Direitos e Garantias Individuais": Sua Amplitude. A Questão do *Direito Adquirido*; 6. A Cláusula Imutável da Separação dos Poderes e a Independência do Poder Judiciário: A Independência do Judiciário Como Poder Político; A Independência da Autoridade Judiciária; A Autonomia Administrativa e Financeira (C. F., art. 99) Como Nova Dimensão da Independência do Judiciário; O Sistema de Controle dos Atos do Judiciário e Sua Independência; As Limitações Materiais Não Abrangem Mudanças na Constituição Referentes à Redistribuição de Competências entre os Órgãos do Judiciário ou à Criação de Órgãos Administrativos ou Disciplinares Compostos no Âmbito do Poder; 7. Controle Judicial de Constitucionalidade das Mudanças na Constituição, em Face das "Cláusulas Pétreas": Precedentes; 8. A Função do Supremo Tribunal Federal; 9. A Força Normativa da Constituição e a Reforma Constitucional; 10. Encerramento.

1. Não é sem profunda emoção que participo do presente encontro com professores e alunos desta quase centenária Faculdade de Direito, umas glórias do ensino jurídico no País. Como seu modesto professor, dela estou afastado, faz vinte e cinco anos, desde quando desempenho funções no Distrito Federal. Pelo mistério do espírito, a ela me tenho, todavia, mantido preso, quer na saudade do doce e constantemente rejuvenescedor convívio com a beleza da juventude inteligente que a freqüente e do amável relacionamento diário com os ilustrados colegas que nela professam, quer, ainda, no acompanhamento das lições de seus mestres recebidas por quatro de meus filhos que aqui tiveram sua formação jurídica universitária, e dos quais um já integra seu corpo docente, o professor Domingos Sávio Dresch da Silveira, quer, também, pelo interesse que sempre possui no sentido de

informar-me sobre seus sucessos e atividades. Talvez, por isso mesmo, posso dizer que, não obstante esse quarto de século passado, quando a esta Casa veneranda retorno, para rápidos momentos de atividade docente, é como se jamais daqui efetivamente houvesse saído.

Agradeço, assim, ao ilustre professor Plínio de Oliveira Corrêa a distinção que me conferiu e a alegria que me proporcionou com o honroso convite para proferir esta aula inaugural.

2. Como escreveu Braga da Cruz, "são três os fins primordiais a que a Universidade se deve propor: *formação cultural* dos futuros dirigentes da sociedade e da Nação; *transmissão do saber*, com vistas à preparação para o exercício das profissões intelectuais de grau mais elevado; *investigação científica* e preparação de futuros investigadores, com vista ao progresso da própria ciência que lhe cumpre transmitir às

novas gerações" ("O Problema da Universidade", in *Obras Esparsas*, vol. IV, p. 315, Coimbra, 1985). Não é possível, além disso, compreender, em nosso tempo, a Universidade, sem um compromisso definido e exequível com a sociedade e com os valores fundamentais da pessoa humana, propugnando por sua liberdade e dignidade, segundo um sistema de plena "autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial", como assentou a Constituição em seu art. 207.

De fato, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil apontam-se, no art. 1º da Constituição, a *dignidade da pessoa humana e a cidadania*.

De outra parte, no mundo cultural, onde inserido o Direito, os valores são objetivos a alcançar. Não são, com efeito, os valores, apenas, entes de razão que o homem contempla e admira, mas, como observa, agudamente, Miguel Reale, são, ao contrário, algo que o homem realiza em sua própria experiência, a qual vai assumindo expressões diversas e exemplares, ao longo do tempo. Realizabilidade e inexauribilidade, aponta o mestre paulista, são características básicas dos valores. Por via da primeira, confere-se ao valor uma dimensão real, na experiência histórica. A segunda dimensão evidencia que a realidade histórica revela o valor, mas não o esgota. Nessa perspectiva, cumpre entender, também, a *democracia*, enquanto forma de convivência social, como um valor e, dessa maneira, realizável e inexaurível.

A consciência jurídica é, nesse sentido, acima de tudo, uma consciência de valores na vida social. Nesta quadra do tempo, no mundo ocidental, embora conturbado e perplexo, tem-se, em princípio, como certo, que a ordem do convívio humano há de retratar a presença de *pensamento e liberdade*, pois ela é obra da razão que descobre fins e valores e da liberdade que consente em realizá-los. Estilizando-se tal convivência segundo normas, almeja-se constituam estas a efetiva objetivação da Justiça, eterno ideal que brilha no espírito de todos os homens, no dizer expressivo de Giorgio Del Vecchio.

Compreende-se, pois, a partir daí que a *cidadania* não é de ter-se como realizada, tão-só, na asseguuração do exercício de direitos políticos, no periódico participar dos cidadãos na elei-

ção de seus representantes, ou na possibilidade de merecerem o sufrágio dos demais. Decerto o exercício do direito de voto é dimensão significativa da cidadania, sem a qual não resta espaço, desde logo, a falar-se em convívio democrático. Não é possível, entretanto, alcançar a plenitude da cidadania, sem a garantia da definitiva participação de todos na administração da coisa pública, respeitado o áureo princípio da igualdade, inconciliável com qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, e da viabilidade de todos os integrantes da convivência social, e não apenas de alguns, serem sujeitos dos benefícios do desenvolvimento, em suas diversificadas manifestações, da cultura, das conquistas do espírito. São essas dimensões igualmente fundamentais na consecução dos itinerários da paz social e de um regime democrático autêntico, cumprindo, desse modo, se encontrem instrumentos eficazes para sua realização, notadamente, a partir dos princípios maiores da Constituição.

Por isso mesmo, a reflexão sobre uma ordem de liberdade e justiça, que todos almejamos, há de estar ausente das preocupações em torno da plenitude da cidadania. A Justiça, como "a estrela polar da realidade social", na expressão de Stammler, é a fonte, donde podem brotar, no convívio social, a verdadeira segurança, a paz e a liberdade, que somente se instauram, duradouramente, entretanto, em uma ordem de persuasão e nunca em uma ordem de compressão.

Todos esses acenos que respeitam a problemas da maior importância na vida da sociedade não podem ser desconsiderados pela Universidade e, em particular, pelas Faculdades de Direito, especialmente, quando, no País, se desenvolvem debates e propostas para alterar a Constituição da República.

3. Em verdade, a mudança na Constituição é, em qualquer tempo, sempre momento de grave reflexão, de extrema importância para a sociedade que, necessariamente, há de ter, na ordem jurídica positiva, parâmetros de sua convivência, sem os quais a vida social ficaria entregue ao arbítrio, ao desassossego e à instabilidade, inconciliáveis com os objetivos fundamentais do direito, do desenvolvimento harmônico e da paz, valores essenciais ao bem comum e à consecução da dignidade da pessoa humana e da cidadania, que estão, como referi, entre as

*Palestra proferida na Faculdade de Direito de Porto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a 24 de agosto de 1995.

bases do Estado Democrático de Direito, assim proclamado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Faço esse registro preliminar, também, porque não posso omitir intensa preocupação, quando verifico que a Nação passa a viver, pela segunda vez, em menos de sete anos de vigência da Constituição, clima de ampla reforma de sua estrutura normativa fundamental. Exato é que uma Assembléia Nacional Constituinte, pelo espaço de vinte meses, esteve reunida, na Capital da República, para elaborá-la, num aberto debate nacional, com a participação, sem precedentes, dos mais representativos segmentos da sociedade. Sua promulgação aconteceu com festa e pompa, a 5 de outubro de 1988. Sem que sequer se haja, ainda, inteirado, definitivamente, o instrumento normativo indispensável à sua incidência plena, com a promulgação das leis complementares e ordinárias que o Poder Constituinte originário estimou e ordenou devessem ser editadas, — quatorze alterações, em seu texto, já se introduziram, nesse lapso de tempo tão curto à existência de uma Constituição, sendo seis emendas decorrentes do processo de revisão previsto no art. 3º do Ato das Disposições Transitórias da Carta Política de 1988, ao longo do ano de 1994. Logo instalado, neste ano, novo Governo da República, eis que se desencadeia outra onda reformista da Constituição, de que resultaram já as últimas quatro emendas, publicadas a 15 de agosto em curso, anunciando-se, a seguir, alterações outras de profunda significação quanto ao sistema da Carta Política da República, a institutos e direitos do mais amplo interesse do povo.

Não pretendo, aqui, à evidência discutir esse tema. Consigno, todavia, a observação de Gomes Canotilho, para quem “é verdade evidente que nenhuma Constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos, nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa”. A seguir, entretanto, acrescenta: “Mas há, também, que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Não deve banalizar-

se a sujeição da lei fundamental à disposição de maiorias parlamentares “de dois terços”. Assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma *revisão total* (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de *alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta*. Se isso acontecer, é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão” (*in* Direito Constitucional, 5.ed., Coimbra, 1991, pp. 1135/1136).

É inequívoco, no ponto, porém, que, titular do poder de reforma da Constituição, o Congresso Nacional é soberano na formulação do juízo de conveniência e oportunidade de emendar a Lei Fundamental da República. O exercício, é certo, dessa competência excelsa, cumpre observar, entretanto, há de fazer-se nos limites materiais, formais e circunstanciais demarcados pelo próprio Poder Constituinte originário.

4. Com efeito, qualquer que seja a denominação utilizada, para o processo de mudança na Constituição, exato é que pressuposto está, a tanto, o exercício do poder criado e definido pela própria Lei Magna, que, assim, nela, encontra os limites de sua autoridade. Reforma, emenda ou revisão são manifestações, portanto, do poder constituinte instituído e, por sua natureza, limitado; sem a plenitude criadora, pois, inerente ao poder constituinte originário. Georges Burdeau, em minuciosa análise das formas do Poder Constituinte, define o instituído ou de revisão qual poder essencialmente limitado, qualificando-o como órgão do Estado, sujeito, à semelhança dos demais órgãos do Estado, às regras da Constituição relativas à sua estruturação e às condições de seu funcionamento (*apud Traité de Science Politique*, vol. IV, pp. 234-235). Raul Machado Horta anota que o reconhecimento da natureza limitada do Poder Constituinte instituído é tema comum aos publicistas brasileiros, citando, dentre outras, nesse sentido, as lições de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição Federal de 1934*, Tomo II, p. 528); Pinto Ferreira (*Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, 2.ed., Tomo I, 1951, pp. 174-175); Nelson de Souza Sampaio (*O Poder de Reforma Constitucional Moderno*,

2.ed., 1961, pp. 40, 80, 88); José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional*, 7.ed., 1991, p. 58); José Alfredo de Oliveira Baracho (“Teoria Geral do Poder Constituinte”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 52, janeiro de 1981, pp. 40, 41, 50, 57) (*apud* “Permanência e mudança na Constituição”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 74/75, pp. 251/252).

Jorge Miranda, acerca da necessidade de limites materiais da reforma, escreve: “O problema dos limites materiais da revisão reconduz-se, no fundo, ao traçar de fronteiras entre o que vem a ser a função própria de uma revisão e o que seria já convalidação em Constituição diferente. Por detrás dele, encontra-se uma iniludível tensão dialética entre transformação e subsistência e entre aquilo que se oferece mutável e aquilo que imprime caráter e razão de ser à Constituição. É um problema que se põe diante de qualquer Constituição e até diante do sistema jurídico em geral. Porque, em toda e qualquer Constituição, a revisão consiste em adotar preceitos sem bulir com os princípios, ele surge sempre, haja ou não disposições que enumerem, mais ou menos, significativamente, certos e determinados limites” (*apud Manual de Direito Constitucional*, 2.ed., revista, 1983, Tomo II, pp. 173/174).

Não é diferente o que ensina Carl Schmitt, *in Teoria de la Constitución*, p. 119, para quem a reforma da Constituição há de operar-se “bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución, considerada como un todo”.

5. Exaurida a eficácia do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a edição das seis emendas aprovadas pelo Congresso Nacional, segundo o procedimento no dispositivo previsto e a disciplina adotada pelo órgão revisor, sujeitam-se eventuais novas mudanças no texto da Lei Maior à iniciativa e ao processo consignados em seu art. 60 e parágrafos 2º e 3º, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais, dos parágrafos 4º, 1º e 5º, do aludido artigo, ao preceituarem:

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

- I — a forma federativa de Estado;
- II — o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III — a separação dos Poderes;

IV — os direitos e garantias individuais.”

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

(...)

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

Com efeito, não autorizada, de expresse, a *revisão total* do Estatuto Magno de 1988 e conferido, pelo constituinte originário, o caráter de imutabilidade quanto a determinados princípios ou preceitos, que se hão de considerar, destarte, como fundamentais à ordem constitucional estabelecida, a obra do constituinte derivado deve respeito, assim, a esses limites traçados pela Constituição.

Nessa linha, possível seria indicar, *ad exemplum*, normas que, desde logo, definem conteúdos imutáveis da Constituição, tais como, o art. 2º, quanto à separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; o art. 5º, quando define “direitos e garantias individuais”; o art. 14, ao prever o sufrágio universal, o voto direto e secreto, e o art. 1º, ao consignar a forma federativa do Estado brasileiro.

Nesse mesmo plano de considerações, parece acolhível a assertiva segundo a qual não cabe como objeto de deliberação emenda pretendendo introduzir a *Monarquia* ou o *Parlamentarismo*, eis que o constituinte originário decidiu submeter a plebiscito a forma e sistema de governo, para que o perfil do Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º da Constituição se tornasse definitivo. Ora, por força dos resultados de plebiscito de 21 de abril de 1993, a que se refere o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os princípios republicano e presidencialista tornaram-se definitivos na caracterização de forma e sistema de governo do Estado federal brasileiro. A separação dos Poderes, própria do sistema presidencial, como cláusula pétrea (C. F., art. 60, § 4º, III), por igual, é, assim, ponto insubstituível do sistema constitucional, diante dos resultados do plebiscito, com a expressão que lhe confere o art. 2º da Lei Magna, ao preceituar:

“Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Neste breve aceno a dispositivos que dizem com conteúdos imutáveis da Lei Magna, não caberá, entretanto, desconsiderar, por sua relevância, a controvérsia acerca da repercussão do parágrafo 2º do art. 5º, da Constituição, no âmbito do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, pois, no primeiro, se estipula que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Escreveu, no particular, o ilustre professor Oscar Vilhena Vieira, referindo-se à extensão do limite material posto no art. 60, § 4º, IV, da Lei Magna, em conjunção com o aludido § 2º do art. 5º, *verbis*: “Não são apenas aqueles direitos e garantias individuais arrolados no art. 5º da Constituição, que se encontram resguardados dos processos de deliberação diferenciados, mas toda uma gama de outros direitos constitucionais de caráter individual dispersos na Constituição e disciplinados em tratados dos quais o Brasil seja parte. Além de direitos supra legais, que, embora não positivados pela Constituição, são compatíveis com o regime e os princípios por ela adotados” (*in Supremo Tribunal Federal — Jurisprudência Política*, RT, 1994, pp. 91/92).

Observou, acerca desse tema, com propriedade, Gilmar Ferreira Mendes:

“Em qualquer hipótese, os limites do poder de revisão não se restringem, necessariamente, aos casos expressamente elencados nas *garantias de eternidade*. Tal como observado por Bryde, a decisão sobre a imutabilidade de determinado princípio não significa que outros postulados fundamentais estejam submetidos ao poder de revisão (Bryde, ‘Verfassungsentwicklung’, p. 237). O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na prática constitucional não está imune a controvérsias. Se se entender que elas contêm uma ‘proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais’ (Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot), tem-se de admitir que o seu significado é bem mais amplo do que uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição (Revolutions — und Verfassungsbeistigungsverbot). É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que,

sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição (Bryde, ‘Verfassungsentwicklung’, p. 242) (*in* “AJURIS”, nº 60, março de 1994, p. 251).

Outra significativa questão poderia se destacar, nesta definição do âmbito das cláusulas pétreas. Refiro-me ao *direito adquirido* previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição. No dispositivo, estipula-se que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Decerto, emenda à Constituição não pode excluir de seu texto o inciso XXXVI do art. 5º, diante da cláusula posta no art. 60, § 4º, inciso IV, por versar regra de garantia. Se se considerar, de outra parte, que a Constituição emprega o termo “lei”, em acepção escrita, como norma legislativa infraconstitucional, dir-se-ia que não está, aí, interdita a ação do constituinte derivado, por via de “emenda à Constituição”. Exato ao constituinte originário sempre se admitiu, pela ilimitação, em princípio, de seus poderes, inserir, no texto da Constituição editada, disposição que venha alcançar direito adquirido. Assim ocorreu no art. 17 do Ato das Disposições Transitórias da Lei Magna de 1988, ao estabelecer: “Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, *não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido* ou percepção de excesso a qualquer título”. Do próprio texto transcrito, exsurge, entretanto, em relevo a significação da garantia do “direito adquirido”, como valor fundamental integrante do núcleo essencial identificador do sistema da Constituição, a ponto de ressaltar sua não-incidência, em norma expressa, da qual emerge nítido o caráter de excepcionalidade, ao determinar-se que não seria invocável na hipótese concretamente definida. Não é possível deixar de ter presente, no tema dos limites à mudança na Constituição, a necessidade de resguardo dos princípios e valores imanentes à própria positividade do ordenamento constitucional que servem de base à identidade do sistema plantado pelo constituinte originário. Relevante é, também, no exame do ponto, compreender que a cláusula de imutabilidade do art. 60, § 4º, IV, da Constitui-

ção (os direitos e garantias individuais), não considerada a maior ou menor amplitude, já se consagrara, anteriormente, na Lei Fundamental de Bonn, art. 79, III, e na Constituição de Portugal, de 1976, art. 290, a traduzir tendências segundo a qual os direitos individuais compõem questão proeminente no Estado de direito democrático.

6. De outra parte, no que concerne à separação dos Poderes, cumpre entender que a *independência do Judiciário*, como Poder Político, é um dos princípios essenciais que definem a fisionomia da ordem constitucional republicana vigente no Brasil.

Com efeito, historicamente, desde a instauração da República, em 1889, é essa uma das notas características de nosso sistema constitucional, modelado que foi no regime político norte-americano. Em realidade, dentre os postulados básicos, em que assenta o constitucionalismo dos Estados Unidos da América, estão o *primado da Constituição*, à qual se subordinam todos os Poderes, e a *independência do Judiciário*, que se manifesta, por primeiro, na prerrogativa maior de proceder à revisão judicial das leis e dos atos de Governo, diante da Constituição, anulando-os quando com esta incompatíveis. A competência para operar, acerca da lei, a chamada “judicial review”, a *revisão judicial*, “característico mais original das instituições americanas”, revela, no Judiciário, inequívoco *poder político*, porquanto, se este existe no órgão que faz a lei, é de entender-se presente, também, no órgão que dispõe de império para declarar-lhe a invalidade.

Em tal ordem de compreensão, a *função judiciária*, por sua natureza, não pode ser visualizada apenas como atividade estritamente de técnica jurídica, de interpretação definitiva do direito positivo, sendo que se afirma, como prerrogativa eminente da soberania nacional. Por seu intermédio, não só se dirimem, de forma terminativa, os conflitos de interesses e se garantem os direitos e liberdades dos cidadãos, mas é possível, também, opor limite à ação do Governo ou da Legislatura, se contravier a Constituição ou as leis.

De outra parte, qual escreveu Edward S. Corwin, acerca do sistema americano, — como os poderes “legislativo” e “executivo”, sob a Constituição, o poder “judiciário” também implica

certos atributos incidentais ou *inerentes*. Um deles é a faculdade de interpretar o direito em vigor, seja a Constituição, quer as leis do Congresso ou os precedentes judiciais, com uma autoridade que obriga, constitucionalmente, ambos os ramos do Governo”. Noutra passo, acrescenta: “Intimamente ligado a esse atributo do poder judiciário existe outro, o de proferir “decisões finais”. Quando se confia a um tribunal dos Estados Unidos a determinação de uma questão, seja de direito ou de fato, sua decisão só pode ser revista, constitucionalmente, por um *tribunal* de instância superior, e não pelos outros dois ramos do Governo ou pelos seus órgãos” (*in* “A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual”, tradução de Leda Boechat Rodrigues, pp. 162/165). Cooley, à sua vez, anotou: “Os diversos departamentos governamentais são iguais em dignidade e em autoridade que é coordenada, não podendo nenhum deles submeter o outro a sua jurisdição, nem a privar de qualquer porção de seu poder constitucional. Mas o poder judiciário é autoridade suprema na interpretação da Constituição e na interpretação das leis e as suas interpretações devem ser aceitas e observadas pelos outros departamentos”. Dessa maneira, diante da decisão judicial definitiva, não cabe opção dos que lhe são destinatários, — quer se cuide de particulares, quer de detentores de poder, — no sentido do acatamento ou não do julgado. Por sua natureza, o que se contém na sentença judicial, desde que esta se torne irrecorrível, no âmbito do Poder Judiciário, constitui, na ordem democrática, comando incontestável, tornando-se, pois, fora de propósito, qualquer indagação ou perplexidade sobre se a autoridade executiva ou legislativa, ou mesmo judiciária de grau inferior, cumprirá a decisão judicial.

Essa dimensão política do Poder Judiciário, que constitui traço imprescindível de sua independência institucional, não cabe destarte, reconhecer, quando não se lhe confere o controle judicial dos atos do Congresso e do Governo. Tal sucedeu, entre nós, no período de 1824 a 1889, inspirada que foi a Constituição do Império do Brasil no liberalismo de tendência européia, situado o Judiciário em uma posição secundária, no confronto com o Legislativo e o Executivo.

Embora a Carta Política de 1824, no art. 151, estipulasse que o "poder judicial é independente", certo é que, na quadra monárquica, ele se limitava a decidir as controvérsias de direito privado e a aplicar a lei penal, escapando-lhe, por inteiro, ao controle, aos atos da administração pública. Já, em 1857, Pimenta Bueno anotava: "O poder judicial tem por encargo o domínio, a aplicação das leis que formam o direito particular, a ordem civil, que regulam e compõem os interesses dos indivíduos entre si na qualidade de particulares (...); é o protetor dos direitos e interesses individuais, da propriedade, da liberdade, honra, vida, de tudo o que é caro aos homens como homens; seu poder em vez de ser discricionário é restritamente legal; seus agentes, os magistrados, são perpétuos e independentes; seu processo dirigido sempre pelo direito positivo, circundado de garantias certas, de debates contraditórios e de fórmulas minuciosas, completas, previdentes". E, noutro passo, observa: "Ele não é autorizado a invadir as raias do Poder Legislativo, não tem por isso mesmo direito de decretar decisões por via de disposição geral, e só sim de estabelecê-las em relação à espécie que lhe é subordinada. Não possui jurisdição para decidir questões de ordem administrativa, pois que pertencem à competência exclusiva do governo" (*apud* "Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império", Senado Federal, ed. 1978, pp. 34/35). O controle da constitucionalidade das leis cabia ao Poder Legislativo e ao Poder Moderador. A independência do Judiciário havia de ser, dessa maneira, entendida, apenas, como *independência da autoridade judicial*, do magistrado, definida pelo mesmo Pimenta Bueno, como "a faculdade que ele tem, e que necessariamente deve ter, de administrar a justiça, de aplicar a lei como ele exata e conscienciosamente entender, sem outras vistas que não sejam a própria imparcial justiça, a inspiração de seu sagrado dever. Sem o desejo de agradar ou desagradar, sem esperanças, sem temor algum. (...) A independência do magistrado deve ser uma verdade, não só de direito como de fato: é a mais firme garantia dos direitos e liberdades, tanto civis como políticas dos cidadãos; é o princípio tutelar que estabelece e anima a confiança dos povos na reta administração da justiça; é preciso que o povo veja e

creia que ela realmente existe" (*op. cit.*, n. 457, p. 324).

A profunda reforma do sistema judiciário, com o advento da República, assinalou-a Campos Sales, na Exposição de Motivos, ao Presidente Deodoro da Fonseca, propondo a criação da Justiça Federal, o que se concretizou com o Decreto nº 848, de 11.10.1890. depois inserido, em seus preceitos gerais, na Constituição de 1891.

Quanto à figura do Juiz, como outro aspecto da independência do Judiciário, na fase republicana brasileira, por primeiro, não se há de tê-lo como autômato, na aplicação da lei, por sua letra, senão que lhe cumpre, desde logo, verificar de sua conformidade com a Constituição, e interpretá-la, com ampla independência. Não é menos procedente, entretanto, que o juiz, enquanto órgão do Poder Judiciário, não está autorizado, pela ordem constitucional, a desprezar a lei válida e decidir o caso concreto, por critérios pessoais, subjetivos, qual estivesse a criar a norma que lhe pareça mais justa ou mais conveniente, a solver a hipótese em exame. A autoridade do juiz decorre da Constituição e das leis em conformidade com a Carta Magna. A só investidura como autoridade judiciária não lhe empresta aptidão a decidir, discricionariamente, apenas, com invocação de princípios ideológicos ou de convicções pessoais, deixando à margem a lei válida (isto é, conforme à Constituição), aplicável à espécie. De contrário, seria admitir a substituição do legislador, pelo juiz, com evidente desconsideração ao preceito básico do sistema democrático relativo à separação e harmonia dos poderes, cujo exercício há de dar-se nos limites deferidos na Constituição. Com isso, não diminui a independência do magistrado na sua legitimação para, em solvendo litígios, interpretar a lei, atento a seus fins sociais e aos imperativos do bem comum, que também lhe cumpre promover, no ato de julgar. Nesse sentido, admiravelmente, observou o saudoso Ministro João Leitão de Abreu:

"Auscultando, em face da dramaticidade inerente ao caso concreto, as pulsações da vida social, o juiz, guardando as palavras da lei, porta-se com certa margem de liberdade na sua aplicação."

O terceiro aspecto da independência do Judiciário cumpre ainda anotar. Encarada a administração da Justiça, como serviço público essencial ao povo, cuja execução se confia, na ordem constitucional, ao Judiciário, enquanto Poder Político independente, e aos órgãos de sua atuação, que são os tribunais e juizes, institucionalmente dotados de independência funcional e organizados hierarquicamente, — ganhou particular espaço, com a Constituição de 1988, à boa execução desses serviços, o atributo que a nova ordem constitucional conferiu ao Judiciário, no artigo 99, ao assegurar-lhe *autonomia administrativa e financeira*, como nova dimensão inerente à sua independência.

Com efeito, o princípio da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, que concerne, como se acentuou, também à sua independência, ora consagrado constitucionalmente (Constituição, art. 99), é de assinalada significação histórica para a instituição judiciária, firmando-se, nesse sentido, a competência dos tribunais para a elaboração de suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias, tanto no plano federal, quando no dos Estados-membros. Exclui-se, pois, a sujeição das Cortes aos critérios e índices que entendam de arbitrar autoridades do Poder Executivo, quanto às propostas orçamentárias e aos elementos da despesa do Poder Judiciário. Nessa linha, de resto, assentou o Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa de 2.8.1989. De outra parte, o art. 168 da Lei Maior, como garantia da independência do Poder, determina que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, serão entregues até o dia 20 de cada mês. No Mandado de Segurança nº 21.273-0/160-SP, tive oportunidade de registrar a tal respeito: "A liberação do numerário correspondente às dotações orçamentárias do Poder Judiciário, até o dia vinte de cada mês, nos termos do art. 168, da Constituição Federal, (...), constitui garantia do Poder Judiciário, que há de ser respeitada pelo Poder Executivo, guardando-se, outrossim, o princípio da independência e harmonia dos Poderes do Estado. Não cabe, dessa sorte, ao Poder Executivo, estabelecer datas diversas ou a data que lhe aprouver, cada mês, para liberar

os recursos orçamentários referentes ao Poder Judiciário."

Cumprindo, de outro lado, ao Judiciário, enquanto Poder Político do Estado, com exclusividade, a execução do serviço público de administração da justiça, importa entender que a Constituição, ao lhe conferir autonomia administrativa e financeira, quis assegurar-lhe competência não só para pensar e planejar as estruturas mais convenientes, quais meios, à execução do fim, mas, também, para propor, quando a tanto necessário, aos outros Poderes, as providências que considere indispensáveis, em ordem a dar-se prestação jurisdicional, de maneira mais eficiente e pronta, assegurando o acesso de todos à Justiça. Distintos os planos da atividade jurisdicional e da atividade administrativa, no âmbito do Judiciário, é certo que a hierarquia dos graus da *atividade jurisdicional* "nada mais traduz do que uma competência de derrogação e nunca uma competência de mando da instância superior sobre a inferior", na lição dos processualistas, resguardando-se, desse modo, a independência jurídica e funcional dos magistrados e tribunais entre si. Não menos exato é, entretanto, que a *atividade administrativa*, no âmbito do Poder Judiciário, na medida em que se manifesta como atos de administração, há de conceber-se numa perspectiva diferente, tornando viável, inclusive, um amplo plano de aperfeiçoamento do Poder Judiciário brasileiro, em suas dimensões nacional e estadual. É, neste ponto, que a *unidade do Poder Judiciário* deve discutir-se, para que os mecanismos de sua atuação a revelem, de maneira afirmativa, evitando-se que a pluralidade das autonomias o torne irreconhecível, sem uma fisionomia nacional, que o revele e o projete no concerto das instituições básicas da Nação. Essa unidade pressupõe um espírito comum, na Justiça da União e dos Estados, a informar a ação do Poder Judiciário, como um todo, modelada em valores marcantes de seu agir, que o identifiquem, perante a sociedade, em todos os recantos do imenso território nacional.

Feitas essas observações, certo é que a independência institucional do Poder Judiciário revela-se, pois, já na prerrogativa eminente do amplo controle dos atos de todos os Poderes, na sua expressão jurisdicional, onde se faz presente sinal de poder político, quer na autonomia

administrativa e financeira, ao elaborar suas propostas orçamentárias (art. 99, § 1º, CF) e planejar e executar os serviços da justiça, administrando os recursos humanos e materiais disponíveis. Na concepção de projetos que mais convenham à administração da justiça ao povo, manifesta-se, por igual, essa autonomia, insuscetível de ser substituída por critérios ou planos outros do Poder Executivo, ou de quem estranho ao Judiciário.

Outro ponto que considero da maior significação, no que concerne à independência do Judiciário, como poder político, é o sistema de controle de seus atos.

A atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário está sujeita à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, como os demais Poderes, na forma dos arts. 70 a 75 da Constituição, com o pleno e efetivo controle do Tribunal de Contas da União e dos Estados.

No que concerne à responsabilidade criminal, estão os magistrados, nos crimes comuns ou de responsabilidade que praticarem, sujeitos a processo e julgamento, perante os Tribunais a que se refere a Constituição: os membros dos Tribunais Superiores, no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "c"); os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os juizes dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, no Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, letra "a"); os juizes dos Tribunais de Alçada e dos Tribunais de Justiça Militar dos Estados, que os possuem, no Tribunal de Justiça do mesmo Estado. Já os Tribunais Regionais Federais são competentes para processar e julgar, originariamente, os juizes federais de primeiro grau, da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (CF, art. 108, I, "a"), e os Tribunais de Justiça dos Estados e o do Distrito Federal, os juizes respectivos de primeira instância (CF, art. 96, III). Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são processados e julgados, nos crimes comuns, no próprio Tribunal (CF, art. 102, I, "b"), e nos crimes de responsabilidade, perante o Senado Federal (CF, art. 52, II), hipótese em que funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal

Federal, tal como sucede no julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República, em crimes de responsabilidade, e dos Ministros de Estado, em delitos da mesma natureza "conexos com aqueles" (CF, art. 52, parágrafo único). Releva, ainda, notar que os magistrados, por interesse público, poderão ser removidos, postos em disponibilidade e aposentados, por decisão do respectivo Tribunal, assegurada ampla defesa (CF, art. 93, VIII), regra que torna possível, assim, à própria Corte afastar, pelo mesmo fundamento, também, qualquer de seus membros.

No que respeita à atividade jurisdicional, compreendo que o resguardo da independência do Judiciário, no particular, se dá, desde que se exercite, na intimidade do Poder, a disciplina desses atos, como defluiu, outrossim, da parte final da letra "b", do inciso I, do art. 96 da Constituição, onde se estabelece competir, privativamente, aos tribunais velar "pelo exercício da atividade correccional respectiva". Em tal linha de entendimento, sempre tive, "ad exemplum", o Conselho Nacional da Magistratura, previsto na Emenda Constitucional nº 7, de 1977, e disciplinado na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979), composto de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal, como órgão disciplinar compatível com a independência do Judiciário, enquanto Poder Político. Não havia, nele, — contrariamente ao que sucede em Países, onde a independência do Judiciário não se reconhece, como Poder Político, — representantes do Executivo ou do Legislativo, ou mesmo de outros órgãos ou entidades da sociedade civil. Cabia-lhe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, federais ou estaduais, sem prejuízo da competência censória das respectivas Cortes, podendo avocar processos disciplinares contra juizes de primeiro grau e, em qualquer caso, "determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço" (Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 120, § 1º, na redação da Emenda Constitucional nº 7/1977), disciplinando a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (arts. 50 a 60) o devido processo legal, com ampla garantia de defesa. Certo é que, assegurada aos interessados no processo, ou ao Procurador-Geral da Justiça do respectivo Estado, ou ao Procurador-Geral da

República, ou ao Presidente do Conselho Federal ou de Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, a reclamação, afirmava-se, no funcionamento do Conselho Nacional da Magistratura, principio de superior interesse na ordem democrática, em que todos os titulares de poder são igualmente responsáveis por seus atos e não almejam impunidade. Sempre entendi que o Conselho Nacional da Magistratura, — pela forma com que resguardava a dignidade do membro de Tribunal, federal ou estadual, acusado, durante a apuração dos fatos, — "por manifestamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; ou de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário" (Loman, art. 56), — e, inclusive, porque, distante das paixões por vezes envolventes do caso, — era órgão que não atentava contra a independência do Judiciário, federal ou estadual, nem contra as garantias da magistratura, as quais não conferem aos atos dos juizes inviolabilidade ou perpétua impunidade, se contrários à lei ou aos deveres do cargo. Nem isso podem desejar os magistrados, perante os principios fundamentais da ordem democrática. De outra parte, ainda, a autonomia dos Estados-membros não era atingida, em face da natureza e posicionamento de sua Justiça, na unidade do Poder Judiciário nacional, tal como sucede com a eventual reforma das decisões dos Tribunais estaduais, pelo Supremo Tribunal Federal, e, hoje, também, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Extinto, pela Constituição de 1988, o Conselho Nacional da Magistratura, cuida-se, no Projeto do Estatuto da Magistratura, ora tramitando no Congresso Nacional, — a par da definição do regime disciplinar dos juizes, — da criação de órgão nacional que, embora sem atribuições punitivas, executará tarefas de significativa importância para o bom desempenho do Poder Judiciário, inclusive no que concerne à unidade de sua ação. Prevê-se, nesse sentido, o funcionamento do Conselho Nacional de Administração da Justiça, composto de membros do Supremo Tribunal Federal, inclusive de seu Presidente e Vice-Presidente, dos Presidentes dos Tribunais Superiores e de Presidentes de Tri-

bunais de Justiça dos Estados, competindo-lhe: "I — zelar pela autonomia do Poder Judiciário, bem como pelo respeito às prerrogativas e pelo cumprimento dos deveres da magistratura; II — coordenar, no âmbito administrativo, a aplicação do Estatuto da Magistratura pelos tribunais federais e estaduais; III — conhecer de questões relativas a interesses de ordem institucional do Poder Judiciário; IV — responder a consulta formulada por tribunal sobre questões compreendidas nos itens anteriores, com a finalidade de estabelecer orientação uniforme". A esse Conselho poderão, outrossim, dirigir-se sobre qualquer matéria de sua competência os Tribunais, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da Justiça de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Se se fazem convenientes à organização e bom desempenho da magistratura órgãos censórios e de fiscalização dos serviços de administração da justiça, da atividade jurisdicional, compostos na intimidade do Poder Judiciário e por autoridades deste, — não tenho, todavia, como compatível com a independência institucional do Judiciário, enquanto poder Político, que esses órgãos se integrem, também, por autoridades estranhas à organização judiciária nacional, por mais elevados hierarquicamente sejam os dignitários dos outros Poderes que se designem ou os representantes de outras entidades ou segmentos da sociedade civil, inclusive de advogados ou do Ministério Público. A independência dos juizes, no exercício de sua atividade de distribuir justiça, à evidência, não os torna intocáveis; ao contrário, órgãos de um dos Poderes do Estado, cumpre-lhes dar contas dos serviços que lhes incumbe prestar, com probidade e eficiência. Integram-se, todavia, em uma estrutura hierárquica. Seus atos estão sujeitos a recursos e reclamações previstos na Constituição e nas leis. Não é possível, no interesse dos cidadãos, cujos direitos, liberdades, garantias e prerrogativas são amparados, precisamente, pela ação independente dos magistrados e dos tribunais, que órgãos estranhos ao Poder Judiciário ou autoridades não judiciárias logrem condições de exercer qualquer forma de influência ou pressão no ânimo dos julgadores, já pela fiscalização do

merecimento das decisões, já pela aferição de seu conteúdo, com base em razões de conveniência política ou, o que será ainda pior, por fundamentos ideológicos. Certo é que existem órgãos censórios, nos Tribunais, abertos a queixas das partes pelo procedimento dos magistrados. As Cortes, a seu turno, quando solicitadas, prestam à opinião pública esclarecimentos sobre seus atos e decisões, por intermédio dos meios de comunicação, cujo amplo acesso às informações é sempre assegurado. Não será cabível, entretanto, que se quebre tradição secular de independência do Poder Judiciário brasileiro, sujeitando-se a formas expressas ou lavradas de influência ou pressão externas, de qualquer natureza ou origem. Já em 1857, Pimenta Bueno acentuava: "Tirai a independência ao poder judiciário, e vós lhe tirareis sua grandeza, sua força mora, sua dignidade, não tereis mais magistrados, sim comissários, instrumentos ou escravos de um outro poder. (...) Não é pois por amor, ou no interesse dos juizes, que o principio vital de sua independência deve ser observado como um dogma, é sim, por amor dos grandes interesses sociais" (*op. cit.*, p. 324). O povo, numa democracia, há de ter no Judiciário independente a garantia de sua liberdade e de seus direitos, qualquer seja a fonte da violência ou ameaça.

Compreendo, na linha dessas sucintas observações, destarte, que não cabe, na reforma da Constituição, onde presentes as limitações materiais do art. 60, § 4º, da Lei Maior, a criação, em nossa ordem jurídica, de órgão de controle do Poder Judiciário, ou criado no âmbito de qualquer dos outros Poderes, ou integrado por autoridades desses Poderes, ou de qualquer deles, ou ainda, com representantes de instituição não pertencente ao Poder Judiciário. Afetada ficará, em qualquer dessas hipóteses, a independência do Poder Judiciário e, assim, violada a cláusula pétrea da separação dos Poderes, *ut art. 60, § 4º, III, da Lei Magna*. Com esta compatível é, entretanto, a existência de órgão de controle dos atos do Judiciário, quer no plano da União, quer no dos Estados, ou de âmbito nacional, desde que integrado no Poder e composto exclusivamente por magistrados. Somente assim o funcionamento do Poder Judiciário poderá ficar imune a influências dos outros Poderes, com evidente prejuízo à boa prestação

jurisdicional, que repugna quaisquer formas de coação ou ameaça aos juizes ou tribunais, expressas ou lavradas, eis que acabam por afetar, imediata e diretamente, a independência do Judiciário, nas várias dimensões aludidas e, assim, por igual, concorrem à descaracterização da fisionomia de nosso sistema político que possui, no primado da Constituição e na independência do Judiciário, conotações essenciais. Os magistrados devem ter condições de guardar a lúcida compreensão de sua independência, não estando sujeitos, no exercício do grave múnus, senão à ordem constitucional e legal, bem assim aos ditames de sua consciência, responsáveis todos perante a Pátria, cujo cumprimento dos deveres há de se manifestar no exercício diuturno das funções, com integridade e amor à causa da Justiça, sem temor algum, nem desejo de decidir para agradar ou desagradar a quem quer que seja.

Não tenho, todavia, como contrárias à independência do Judiciário, ou atentatórias às cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da Constituição, mudanças em dispositivos da Lei Magna, tendentes a tornar mais ágil a prestação jurisdicional pelos diversos órgãos do Poder, notadamente com a eventual redistribuição de competências entre Tribunais ou as Justiças da União e dos Estados. Por igual, diante das conclusões anteriores, não vejo limitações materiais à existência de órgãos compostos na intimidade do Poder, e integrados ou só por membros da Corte Suprema, ou também com representações de magistrados de diversos tribunais ou ramos da Justiça da União e dos Estados, com finalidades disciplinares ou de coordenação administrativa, na busca da unidade de ação do Poder Judiciário, do aperfeiçoamento e modernização de seus serviços, possibilitando-se destarte, tornar a autonomia administrativa um instrumento eficiente à melhoria dos serviços da Justiça ao povo, a serem prestados, pelos magistrados, com responsabilidade e independência.

7. Sujeito como está o poder constituinte derivado, ou de emenda, a limitações materiais e formais, bem de ver é, destarte, ficarem submetidos seu exercício, e assim as mudanças, por seu intermédio, introduzidas na Constituição, *ut art. 60 e parágrafos*, ao controle judicial de validade, quer por via difusa, quer em ação direta de inconstitucionalidade, ou ainda em ação

declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, letra "a"). Tal já sucedeu, de resto, quanto às Emendas Constitucionais nºs 2, 1992, e 3, de 17-3-1993: a primeira, ao antecipar a data do plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Transitórias (ADIN nº. 829); a última, referente à criação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF) (ADIN nº 939). Julgada improcedente a primeira em face do art. 60, § 4º, III, da Lei Magna, declarou, em parte, procedente a última demanda o STF, ao considerar que a cobrança do tributo, no mesmo exercício, como autorizada pela Emenda Constitucional nº 3, ofendia o princípio da anterioridade, garantia outorgada ao contribuinte, *ut art. 150, III, "b"*, em conjugação com o § 2º do art. 5º da Constituição, ferindo, em conseqüência, a cláusula pétrea consignada no art. 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior. Nesse mesmo julgamento, a Corte reconheceu também que a Emenda Constitucional nº 3/1993, ao determinar, em seu art. 2º, § 2º, a não-aplicação, à hipótese do IPMF, do art. 150, VI, da Constituição, em sua generalidade, aí incluída a alínea "a", onde se veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, feriu o postulado da imunidade tributária recíproca, nessa alínea previsto, o qual diz, imediatamente, com o princípio federativo. Dai, no particular, a decisão da Corte, conforme a qual o desrespeito a esse preceito maior de nosso sistema constitucional afronta a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, I, da Constituição, não podendo prevalecer emenda à Lei Maior que tenda a ferir regra fundamental à Federação.

8. 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. O ilustre professor Oscar Vilhena Vieira, *in op. cit.*, p. 137, acerca desse julgamento, escreveu: "Exercitou (o STF) dessa forma a plenitude de seus poderes constitucionais, bloqueando, com base em direitos, uma decisão mais do que majoritária dos representantes do povo. Ao exercer essa competência constitucional, o Supremo Tribunal Federal passou a ocupar de fato a posição de órgão de cúpula do sistema constitucional bra-

sileiro, pois controlou a forma mais ilimitada de exercício de poder dentro de um regime constitucional, que é a manifestação do poder constituinte reformador, exercido através de procedimentos qualificados, pelo parlamento". O que tenho, entretanto, por mais significativo, é o funcionamento em plenitude da ordem constitucional, com seus mecanismos de controle do poder. Os estudiosos do regime americano, de mais de dois séculos, asseveram que, na virtude que exhibe a Constituição de 1787 para dominar crises, reside a sua extraordinária contribuição ao constitucionalismo, cumprindo ver, na "judicial review", a fórmula que acaba por garantir à ordem constitucional a estabilidade dela exigida.

9. Para terminar, não é possível, no ponto, deixar de ter presente que a consolidação da democracia, das instituições jurídicas e políticas, pressupõe a força da Constituição, que a todos há de submeter. Enquanto é ela o fundamento e primado da ordem jurídica e das instituições políticas, não pode a Lei Magna ceder seu império a dados ou invocações de uma determinada conjuntura. É certo que não se admite visualizar um Estado abstrato e, de forma teórica, longe de realidade social e histórica, no instante mesmo em que se cuida de fazer eficaz a normatividade da Constituição. Não menos exato é também que a adaptação da Lei Fundamental a uma certa realidade não pode suceder, corretamente, sem que se compreenda sua vontade, que, definida, deve ser força ativa a orientar os comportamentos dos cidadãos, bem assim as manifestações do Poder, na ação dos principais responsáveis pela aplicação da ordem constitucional. Em face dessa normatividade maior e proeminente, de sua constante vocação à eficácia e do necessário respeito que há de merecer, não resta espaço legítimo, portanto, a opor-lhe razões de conveniência ditadas pela conjuntura, pela realidade de fatos presentes, por vezes, suscetíveis de rápida mutação, ou de parâmetros concebidos na antevisão de planos de ação político-administrativa, se não estiverem em conformidade com a Constituição. Consoante acentuou, admiravelmente, o ex-Presidente da Corte Constitucional alemã Konrad Hesse: "Todos os interesses momentâneos — ainda quando realizados — não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naque-

las situações em que a sua observância revela-se incômoda". Como acentuou, à sua vez, Walter Burckhardt, "aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse, em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente do Estado democrático". Noutra passagem, de referência a quem, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, acrescenta: "malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçada, não mais será recuperado" ("in" Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, ed. Sérgio Antonio Fabris, pp. 21/22).

Referindo-se, de outra parte, em seu notável ensaio, à revisão constitucional e à força normativa da Constituição, observa o aludido ilustre ex-Presidente da Corte Constitucional alemã (*op. cit.*, p. 22):

"Igualmente perigosa para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição."

Desse modo, no tema da força normativa da Constituição, ganha especial importância histórica, nos países em que se consagram a rigidez constitucional e o controle judicial de constitucionalidade, o *processo interpretativo da Constituição*. Cumpra não esquecer — já advertia Marshall — "que é uma Constituição que estamos explanando". Reivindica-se, assim, para a inteligência do texto constitucional, métodos hermenêuticos que propicie, quando necessário, latitude não compreendida nos estilos exegéti-

cos tradicionais. O saudoso Ministro João Leidão de Abreu, referindo-se à citada assertiva de Marsall, teve ensejo de escrever: "Indicava ele, com essa observação, que os termos do instrumento constitucional não se podiam tomar no seu sentido imediato, porquanto suscetíveis de servir à expressão de algo extrínseco às palavras em que o pensamento se articulava. Está implícita referência à construção constitucional, como processo diverso do predominante na exegese dos textos legislativos comuns. (...) Daí resulta, também, o imperativo, a que o judiciário se vê sujeito, de tornar definido o que nela se acha indefinido, ou de suprir lacunas, cujo preenchimento se torne impreterível à paz ou harmonia social" (*In: Correio do Povo*, de Porto Alegre, ed. 13-08-1978, pp. 58/59). A construção constitucional, ou a teoria dos poderes implícitos, de que se socorre o Judiciário, por vezes, no trabalho exegético, em lugar de contrariar o sistema constitucional, são aplicadas em consonância com o espírito que o anima, vivificando o direito pelo seu ajustamento à realidade social e fortalecendo, por via de consequência, as instituições vigorantes. Anotou, nesse passo, também, Konrad Hesse (*op. cit.*, pp. 22/23) que "a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição", acrescentando: "A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação". Adiante, remata: "Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em

virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade."

Nesse sentido, alude-se, não sem freqüência, às denominadas mutações constitucionais não-formais, que convivem com o texto original, e obtidas a partir do processo hermenêutico. É que a Constituição, enquanto revela sistema de normas, destinado a incidir na realidade, há de ser compreendida, assim, inseparavelmente de seu processo de concretização. Guarda, nessa perspectiva, a interpretação da Constituição o inequívoco caráter de um instrumento permanente de sua realização, sensível, em cada tempo, às mudanças definitivas que se procedem nas relações sociais e às exigências de transformações que se fazem irreversíveis na realidade. Nessa linha de entendimento, é imperioso admitir que a interpretação da Constituição pode ser mudada, precisamente porque seu conteúdo permanece "aberto ao tempo", ou, no dizer de Häberle, a Constituição está sempre "unterwegs" (em andamento, em caminho). Certo está, no particular, que a força normativa da Constituição e sua estabilidade não se compatibilizam com as mutações exegéticas freqüentes, mantidas as mesmas circunstâncias do momento em que se fixou, pela Corte competente, a inteligência de suas normas, máxime quando isso for resultado de simples alteração de *quorum*. De igual modo, não corresponde aos princípios de uma teoria constitucional, em que se confira proeminência ao sistema da Constituição, formal e solenemente decretada pelo poder constituinte incontestável, o insistente intento de mudar a Constituição, diante de dificuldades provenientes de fatos ou situações conjunturais, por vezes, subjuguáveis, ou para que plano de governo possa ser executado, notadamente quando curto é ainda o tempo de vigência da nova ordem constitucional.

Esmein, citado por Carlos Maximiliano, em seus *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, ed. 1918, nº 484, p. 801, escreveu: "Toda Constituição escrita é rígida, — a menos que seja profundamente ilógica e soberanamente imprudente, deve organizar o processo pelo qual poderá ser oportunamente revista e modificada". Comentou, a seguir, o notável jurista gaúcho: "Haja, entretanto, a maior cautela e garantia contra o exagero oposto, a ânsia de modificar tudo, a precipitação das reformas, principalmente entre os povos latinos, nervosos e insofridos. O código supremo é o alicerce das instituições; comprometeriam a solidez do edifício os que lhe alterassem continuamente as bases; devem ser estas o último objetivo, quase inacessível, da picareta dos demolidores". Anotou Washington, em sua célebre "Mensagem de Despedida" ao povo norte-americano: "A base de nosso sistema político é o direito do povo para fazer e alterar a sua organização governamental; porém, a Constituição em vigor, enquanto não for mudada por ato explícito e autêntico da vontade nacional, deve ser obrigatória e sagrada para todos os cidadãos. Quando fordes convidados a aprovar alterações no texto supremo, lembrai-vos sempre de que o tempo e o hábito são necessários tanto para fixar o verdadeiro caráter dos governos como para consolidar todas as instituições humanas; a experiência é o meio mais seguro de conhecer a verdadeira tendência da Constituição de um país, e a facilidade em efetuar reformas, baseado em simples hipótese, expõe a perpétuas mudanças em consequência da variedade interminável de opiniões" (Cornelis de Witt — *Histoire de Washington*, 9.ed., 1884, p. 441 — *in* Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, 1918, nº 486, p. 806).

10. Senhores, Professores e caríssimos alunos desta Faculdade de Direito! Sumamente feliz por estar em vosso meio, nesta histórica Casa de André da Rocha, quis trazer à vossa meditação, em encontro de estudos, ao início de mais um semestre letivo, o tema da mudança na Constituição, que, por ser grave, nos dias em curso, não pode deixar de merecer a atenção dos juristas, quanto dos políticos, porque, efetivamente, respeita aos destinos maiores da democracia e da liberdade, à causa da cidadania, da justiça social, do povo e da Pátria. Muito obrigado!