

---

**P A R E C E R****PARECERISTA:**

**JOSÉ AUGUSTO DELGADO - (Advogado. Parecerista. Professor. Consultor Jurídico. Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, após ter exercido a magistratura por mais de 43 anos. Ex-Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Ex-Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral. Ex-Presidente da Escola da Magistratura Nacional Eleitoral. Ex- Desembargador Federal no TRF da 5ª Região, de 30 de março de 1989 a 13 de dezembro de 1995, onde foi Presidente, Vice-Presidente e Corregedor Regional. Membro titular, como acadêmico, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (RJ). Membro titular, como Acadêmico, da Academia Brasileira de Direito Tributário (SP). Membro titular, como acadêmico, da Academia Northeriogrاندense de Letras. Membro titular, como Conselheiro Honorífico Titular, da Academia de Direito Tributário das Américas. Membro Acadêmico da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte. Doutor *Honoris Causa* pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte; Doutor *Honoris Causa* pela Universidade Potiguar do Rio Grande do Norte. Professor de Direito Tributário, Administrativo, Direito Processual Civil e Direito Civil. Ex-Juiz Federal. Ex-Juiz Estadual. Ex-Corregedor Regional da Justiça Eleitoral – RN. Integrante do Instituto dos Advogados do Distrito Federal). Autor de 4 (quatro) livros jurídicos publicados pela Editora Forense (3) e pela Editora Juruá. Autor de capítulos de mais de 20 (vinte) obras coletivas. Autor de mais de 200 (duzentos) artigos jurídicos publicados em Revistas Especializadas. Chanceler Honorário Nacional da Soberana Ordem do Mérito da Justiça, outorga do CICESP – Centro de Integração Cultural e Empresarial de São Paulo. Condecorações diversas outorgadas pelo Poder Judiciário, Executivo e Legislativo.**

**TEMA: ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 58, DE 23 DE SETEMBRO DE 2009.**

**BRASÍLIA, 21 DE OUTUBRO DE 2009**

---

## **ÍNDICE**

### **EMENTA**

#### **01 – A CONSULTA**

**02 – O CONTEÚDO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 53, DE 29.09.2009 E OS SEUS OBJETIVOS.**

**03 – O EFEITO RETROATIVO DETERMINADO PELO ART. 3º, I, DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 58/2009.**

#### **04 – CONCEITO DE PROCESSO ELEITORAL**

#### **05 – INTERPRETAÇÃO DO ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**06 – LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 58/2009. CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ART. 3º DA REFERIDA EMENDA**

**07 – A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO. A INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS POSTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL É MEDIDA EXCEPCIONAL QUE SÓ DEVE SER ADOTADA EM SITUAÇÕES DE GRAVE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS, AOS PRINCÍPIOS E AS REGRAS TIDAS COMO ETERNAS PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO**

#### **08 – CONCLUSÃO**

---

**EMENTA:**

**O inciso I do art. 3º da EC n. 58, de 23 de setembro de 2009, é constitucional por:**

**a) Não ferir direta, nem indiretamente, qualquer cláusula pétrea explícita adotada pela Constituição Federal de 1988.**

**b) Não violar o princípio da anualidade previsto no art. 16 da Constituição Federal de 1988 porque esse princípio se destina a gerar segurança jurídica para o processo eleitoral formal que compreende os procedimentos adotados desde os atos preparatórios para as eleições (alistamento eleitoral, pré-convenções, convenções, registro de candidatos, propaganda eleitoral, eleições propriamente ditas, apuração, proclamação de eleitos e diplomação), enquanto o dispositivo em apreço cuida de reformar o processo eleitoral material, isto é, o de fixar, após eleições realizadas e aperfeiçoadas, uma nova reestruturação para o número de Vereadores das Câmaras Municipais.**

**c) Não ferir nenhum ato jurídico perfeito, nem atingir direito subjetivo adquirido de qualquer eleitor e de candidatos eleitos.**

**d) Não criar nenhum transtorno para a segurança jurídica, haja vista representar expressão da vontade do Poder Constituinte Derivado em harmonia com os postulados, os princípios e regras constitucionais.**

**e) Não atentar contra o Princípio Republicano, nem contra as estruturas do Estado Democrático de Direito, haja vista que o cidadão votou livremente nos candidatos que lhe foram apresentados pelos Partidos Políticos e optou por criar duas classes de seus representantes: os eleitos e os suplentes, outorgando a estes expectativas de direito.**

**f) Os suplentes, mesmo sem serem considerados eleitos, pelo nosso processo eleitoral material, assumem cargos que são temporariamente considerados vagos nas Câmaras Legislativas, a demonstrar que não há nenhuma incompatibilidade em serem chamados a, definitivamente, após serem diplomados eleitos, ocupar cargos que foram criados no Poder Legislativo por vontade do Constituinte Derivado.**

**g) As regras da democracia admitem flexibilizações que não devem ser impedidas quando tenham sido originárias da vontade do Congresso Nacional, no exercício da soberania de sua competência.**

**h) A inconstitucionalidade de dispositivo posto em Emenda Constitucional, conferindo efeito retroativo a um dos seus artigos, só deve ser acatada quando expressa e frontalmente ferir cláusulas pétreas, eternas, da Constituição Federal.**

---

**i) Não se deve declarar a inconstitucionalidade de dispositivo posto na própria Constituição Federal por mera interpretação subjetiva, sem base em choque afrontoso e violento à norma pétrea da Carta Magna.**

**j) A inconstitucionalidade de uma norma constitucional só deve ser declarada em situações excepcionalíssimas, isto é, quando ela provoca degradação no princípio republicano, no sistema democrático e afeta direitos fundamentais.**

**k) Não provoca degradação no princípio republicano, nem no sistema democrático, nem ofende a categoria dos direitos fundamentais de gerações diferentes (primeira, segunda, terceira e quarta) a norma constitucional que determine aplicação retroativa a dispositivo que reorganiza o número de Vereadores das Câmaras Municipais.**

**l) O reflexo da reestruturação da composição das Câmaras Municipais tem seu ciclo de efeitos restritos aos limites dos Municípios, sem afetar a sua organização, nem os direitos dos seus habitantes.**

---

## **01 – A CONSULTA**

**O PARTIDO DA MOBILIZAÇÃO NACIONAL, representado pela Dra. Telma Ribeiro dos Santos, OAB 45.240-SP, conforme substabelecimento que me outorga, solicita o nosso pronunciamento sobre a existência, a validade, a eficácia e a efetividade do art. 3º, inciso I, da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2008, que determina a produção de efeitos retroativos ao disposto no art. 1º da referida Emenda, a partir do processo eleitoral de 2008, dispositivo que está sendo atacado por duas ADIS: a) a de n. 4.307-2-Distrito Federal, interposta pelo Procurador-Geral da República; e b) a de n. 4.310, apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.**

**O consulente indaga sobre a extensão dos efeitos jurídicos da referida Emenda e, especialmente, a eficácia temporal, com efeito retroativo, do seu inciso I do art. 3º.**

**Discorre sobre todas as fases do processo legislativo, sublimando que a Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, foi aprovada, primeiramente, pelo Senado Federal, em dois turnos, e, a seguir, pela Câmara de Deputados, em dois turnos, sem que nenhum vício formal se apresente contaminando-a.**

**Salienta que a Procuradoria-Geral da República e a Ordem dos Advogados do Brasil apresentaram ADIs alegando a inconstitucionalidade material do inciso I do artigo 3º da referida Emenda, na parte que determina a adoção de efeito retroativo ao seu artigo 1º, dispositivo que reestruturou os quantitativos da composição das Câmaras Legislativas Municipais.**

**Solicita, por fim, a nossa opinião sobre as alegações contidas nas ADIs referidas, considerando-se os postulados, os princípios e as regras constitucionais do nosso ordenamento jurídico.**

**Em face da solicitação acima identificada, passamos a emitir a nossa convicção sobre os temas levantados pelo consulente.**

---

## **02 – O CONTEÚDO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 53, DE 29.09.2009 E OS SEUS OBJETIVOS.**

**O CONGRESSO NACIONAL, no exercício soberano da sua competência de exercer as funções de Constituinte derivado, conforme lhe outorga o art. 59 da Constituição Federal (Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II..... VIII), aprovou por maioria absoluta de votos, em dois turnos, a Emenda Constitucional n. 53, de 29.09.2009, impondo:**

**a) a fixação máxima do total de Vereadores das Câmaras Municipais considerando o número de habitantes de cada Município, pelo que adotou uma nova redação para o inciso IV do caput do art. 29 da CF;**

**b) uma nova disciplina para o regime de despesas por parte do Poder Legislativo Municipal, diminuindo os percentuais até então fixados, conforme expressa o novo teor dos incisos I a VI do art. 29-A da CF;**

**c) que a vigência da Emenda seja a partir da sua promulgação e a produção dos efeitos do art. 1º, isto é, o que alterou a composição das Câmaras de Vereadores, tenha efeito retroativo ao processo eleitoral de 2008;**

**d) que o disposto no art. 2º, o que alterou os percentuais de despesa das Câmaras Legislativas Municipais, só começa a vigorar a partir de primeiro de janeiro do ano subsequente ao da sua promulgação, isto é, em primeiro de janeiro de 2010.**

**Em face do novo panorama criado pela referida Emenda Constitucional, o Poder Legislativo Municipal passou a ter um total de Vereadores fixado pela Lei Orgânica, sendo que esta há de obedecer os limites máximos fixados, considerando-se o número de habitantes, pela Emenda Constitucional n. 58 de 23.9.2009.**

**A conclusão que está sendo firmada tem por parte a redação do caput do art. 29 da CF, ao determinar:**

**“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:**

**I - .....**

---

**II.....;**

**III.....;**

**IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:**

- a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;**
- b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes;**
- c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes;**
- d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes;**
- e) 17 (dezesete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes;**
- f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes;**
- g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes;**
- h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes;**
- i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes;**
- j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes;**
- k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes;**
- l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes;**
- m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes;**

---

**n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes;**

**o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes;**

**p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes;**

**q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes;**

**r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes;**

**s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes;**

**t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes;**

**u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes;**

**v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes;**

**w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e**

**x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;....”**

**A referida Emenda Constitucional foi aprovada em face da Proposta de Emenda à Constituição n. 336, de 2009, apensada à PEC n. 379, de 2009, acolhida pelo Senado Federal em dois turnos e que, na Câmara de Deputados, após passar pela exame da Comissão de Constituição e Justiça, que reconheceu a sua constitucionalidade, recebeu acolhida, em dois turnos, seguindo os parlamentares os fundamentos desenvolvidos no parecer apresentado pelo relator, o Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, do teor seguinte:**

**“Como já exposto em manifestação anterior, entendo que as duas propostas não apenas estão isentas de vícios jurídicos como contribuem grandemente para o aperfeiçoamento do trata constitucional das matérias.**



---

**A proposição principal, em adição, vem resolver o que sempre considerei não apenas um erro de apreciação pela autoridade judicial, mas uma grande injustiça para com o Poder Legislativo Municipal.**

**Entendo que não há razão válida para que os Vereadores que tomarem posse em razão desta Emenda tenham direito à retroatividade pecuniária.**

**Entendo, também, que a redução do repasse só ocorrerá em virtude da nova composição das Câmaras.**

**Quanto às emendas apresentadas nesta Comissão, as EMC 1 e 2 foram consideradas insubsistentes por não terem conseguido o quórum mínimo, ou seja, 171 assinaturas válidas.**

**Além de entender desnecessário tal modificação, preocupa-me aprovar a proposta nesta Casa sem alteração.**

**Assim, considero manter intacto o texto de ambas as propostas, mesmo porque se os alterarmos serão devolvidos ao Senado Federal.**

**Opino pela Constitucionalidade, Juridicidade e boa Técnica Legislativa e no Mérito pela Aprovação da PEC 336/09 e da PEC 379/09, na forma do substitutivo em anexo”.**

**Diante do exposto, temos um panorama consolidado pela Constituição Federal determinando que, imediatamente, as Câmaras Legislativas Municipais tenham uma composição fixada pela Lei Orgânica que obedeça aos limites máximos previstos pela atual redação do art. 29, IV, da Constituição Federal.**

---

### 03 – O EFEITO RETROATIVO DETERMINADO PELO ART. 3º, I, DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 58/2009.

O art. 3º, I, da Emenda Constitucional n. 58, de 2009, determina:

“Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação, produzindo efeitos:

I - o disposto no art. 1º, a partir do processo eleitoral de 2008; e.....”

A aplicação de efeito retroativo de Emenda Constitucional não é procedimento estranho ao nosso ordenamento jurídico, conforme revelam as Emendas Constitucionais abaixo indicadas:

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 55, DE 20 DE SETEMBRO DE 2007, que alterou o **Altera o art. 159 da Constituição Federal, aumentando a entrega de recursos pela União ao Fundo de Participação dos Municípios, dispôs em seu art. 2º, que “No exercício de 2007, as alterações do art. 159 da Constituição Federal previstas nesta Emenda Constitucional somente se aplicam sobre a arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados realizada a partir de 1º de setembro de 2007”**”.

Igual efeito retroativo foi dado pelo art. 3º da EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 53, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006, que deu nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao determinar: “Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, mantidos os efeitos do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, conforme estabelecido pela Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, até o início da vigência dos Fundos, nos termos desta Emenda Constitucional”.

Diferentemente não ocorreu com a EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 52, DE 8 DE MARÇO DE 2006, que deu nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais, ao impor no seu art. 2º: “Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002”.

Efeito retroativo foi dado, também, à EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 51, DE 14 DE FEVEREIRO DE 2006, que acrescentou os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal, conforme redação do seu art. 2º e parágrafo único: “Art 2º Após a promulgação da presente Emenda Constitucional, os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias somente poderão ser contratados diretamente pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios na forma do § 4º do art. 198 da Constituição Federal, observado o

---

limite de gasto estabelecido na Lei Complementar de que trata o art. 169 da Constituição Federal. Parágrafo único. Os profissionais que, na data de promulgação desta Emenda e a qualquer título, desempenharem as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias, na forma da lei, ficam dispensados de se submeter ao processo seletivo público a que se refere o [§ 4º do art. 198 da Constituição Federal](#), desde que tenham sido contratados a partir de anterior processo de Seleção Pública efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação”.

Outra não foi a imposição da [EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47, DE 5 DE JULHO DE 2005](#), que alterou **os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências, ao registrar em seu art. 6º que: “Art. 6º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 2003”**.

Diante do que acabamos de demonstrar, o ordenamento jurídico brasileiro tem acatado, sem impugnação, a vigência de Emendas Constitucionais com efeitos retroativos.

Esses efeitos retroativos estão submetidos à doutrinação construída sobre as conseqüências dessa aplicação da norma constitucional a fatos passados: se essa retroatividade é mínima, média ou máxima. Essa classificação da retroatividade estabelece um grau de intensidade para a sua concretização

A retroatividade mínima, também denominada de temperada ou mitigada, é conceituada como sendo aquela que determina o alcance da norma jurídica nova apenas aos efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. Atinge, conseqüentemente, os efeitos futuros dos negócios jurídicos públicos ou privados celebrados no passado.

No dizer de Moreira Alves, eminente Ministro aposentado do STF, conforme excertos que colhemos em palestra que proferiu sobre o tema, “retroatividade mínima é aquela que alguns autores, inclusive de renome,

confundem com a chamada eficácia imediata da lei”. Apresenta-se caracterizada porque não “não desconstitui fatos consumados e portanto já exauridos totalmente no passado, não desconstitui fatos que em parte se consumaram no passado, mas essa consumação não foi total, que é o caso dos juros vencidos porém não pagos, e apenas abarca as hipóteses de efeitos futuros de fatos passados, com a aplicação imediata da lei”.

---

**Em conclusão: sob o império da retroatividade mínima, a lei nova alcança tanto os negócios jurídicos públicos ou privados celebrados após a vigência da lei, quanto as prestações futuras de negócios celebrados no passado (e que estejam em curso, evidentemente).**

A seguir, temos a denominada retroatividade média. Esta existe quando a lei nova alcança os efeitos pendentes de qualquer negócio jurídico público ou particular celebrado antes dela. As novas disposições legais, quer constitucionais, quer infraconstitucionais, serão aplicadas até mesmo às cláusulas firmadas no passado, desde que ainda se encontrem na dependência de cumprimento. É, no pensar de Moreira Alves, “aquela que, em grau de intensidade, se apresenta menos intensa do que a retroatividade máxima. O exemplo e os casos não são muito comuns. O exemplo mais singelo e mais claro dessa retroatividade é aquele concernente a um contrato em que se estabeleça que a taxa de juros, para efeito de juros decorrentes do contrato, seja, por exemplo, de 12%. Posteriormente, e ainda enquanto o contrato esteja sendo cumprido, porque se trata de um contrato de trato sucessivo, e portanto de cumprimento continuado sucessivamente no tempo, nesses casos, quando o contrato é celebrado com a imposição de uma taxa de 12%, e durante o cumprimento dele se gera uma lei nova que estabeleça que a taxa máxima legal permitida passa a ser de 6%, se se aplicar essa lei nova aos juros vencidos, porém não pagos e não apenas aos juros vincendos, nós teremos, pela aplicação aos juros vencidos mas que ainda não tenham sido pagos, nós teremos uma retroatividade média, porque ela alcança os juros que venceram no passado mas cujo pagamento só se vai dar posteriormente à lei nova”.

Por fim, temos a retroatividade máxima. Esta é conceituada, segundo ensinamentos de Moreira Alves, conforme citação já feita, “quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos já consumados no passado (pagamento, prescrição etc.). Na retroatividade máxima, a lei nova tem o poder de restituir as partes ao "status quo ante", sem nenhuma preocupação com a coisa julgada ou com a proteção aos negócios jurídicos já consumados no passado. Seria o caso, por exemplo, de uma nova lei alterar o índice de reajuste de certa espécie de contrato e determinar a sua aplicação mesmo àqueles ajustes já consumados no passado (fixando a obrigação de uma das partes devolver pagamentos à outra, por exemplo). Exemplo citado na doutrina é a Decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, determinava que os credores de contratos já vencidos devolvessem os juros recebidos. Na França, cita-se como exemplo de retroatividade máxima uma lei de 1793, que anulava e determinava fossem refeitas todas as partilhas já julgadas a partir de 1789, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais. Para simplificar o entendimento, e clarear a distinção entre a aplicação das diferentes espécies de retroatividade, vejamos o seguinte exemplo: Suponha que esteja entrando em vigor nesta data (02/01/2002) uma lei alterando o índice de reajuste das prestações dos contratos de financiamento da Casa Própria, tornando as condições mais onerosas para os mutuários.

Teríamos, então, o seguinte:

Pela irretroatividade, referida lei só alcançaria os novos contratos de financiamento, celebrados a partir da vigência da lei (02/01/2002). Todos os contratos de financiamento celebrados até 01/01/2002 não seriam atingidos pelas novas regras de reajuste das prestações,

---

nem mesmo em relação às prestações vincendas; Pela retroatividade mínima, referida lei alcançaria as prestações futuras (vincendas) dos contratos celebrados no passado. Todas as prestações vencíveis a partir de 02/01/2002 deveriam ser pagas com base nas novas regras de reajuste.”

Após tais considerações, repetimos a pergunta sempre presente na doutrina do Direito Constitucional: Promulgada uma nova Constituição, ou uma Emenda à Constituição, qual a eficácia de seus dispositivos? As novas regras somente alcançarão atos futuros (irretroatividade), alcançarão efeitos futuros de atos verificados no passado (retroatividade mínima), efeitos pendentes de atos pretéritos (retroatividade média) ou atingirão até mesmo atos já consumados no passado (retroatividade máxima)?

Não nos afastamos das lições de Moreira Alves, na conferência acima referida, quando afirmou, conforme gravação em nossos arquivos:

“ Segundo a jurisprudência do STF, as normas constitucionais são dotadas de retroatividade mínima, isto é, alcançam, de imediato, os efeitos futuros de atos praticados no passado. Significa dizer que, promulgada uma regra constitucional, esta tem aplicabilidade imediata sobre os negócios jurídicos em curso, regulando, a partir de sua vigência, os efeitos futuros desses atos celebrados no passado. O texto constitucional, portanto, não é absolutamente irretroativo: ele alcançará, de pronto, os efeitos futuros de atos praticados no passado.

Exemplificando: em 1988, com a promulgação da atual Carta Política, o legislador constituinte vedou expressamente a vinculação do salário mínimo para qualquer fim (CF, art. 7º, IV). Com isso, passou a ser ilegítima a vinculação do salário mínimo para o ajuste de remuneração de trabalhadores (anotar na Carteira de Trabalho que fulano ganhará seis salários mínimos, por exemplo), para a determinação dos vencimentos de servidores públicos, para o reajuste do valor de aluguéis etc. Entretanto, a questão relevante para análise é a seguinte: que eficácia teve essa regra constitucional a partir de sua promulgação? Ela apenas passou a vedar a utilização da variação do salário mínimo como índice de reajuste para os novos contratos, celebrados após a sua vigência, ou teve ela incidência até mesmo em relação aos contratos celebrados no passado? Os antigos contratos, celebrados antes de 5 de outubro de 1988 (data de promulgação da Carta), ainda em curso, foram afetados por essa nova regra constitucional ou não? Ora, vimos que as normas constitucionais são dotadas de retroatividade mínima, isto é, são aplicáveis, de imediato, aos efeitos futuros de atos verificados no passado. Logo, na hipótese colocada, a regra constitucional terá aplicação imediata sobre os contratos celebrados no passado, em andamento à época da promulgação da Constituição, passando a regular, de pronto, as prestações futuras desses pactos. Em outras palavras: com a promulgação da Constituição, todos aqueles contratos que haviam sido celebrados no passado, vinculados ao salário mínimo, perderam tal vinculação; em face da retroatividade mínima das normas constitucionais, não há que se falar em direito adquirido nessa hipótese. Anote-se que essa eficácia das normas constitucionais é distinta da eficácia das leis em geral, que, de regra, são irretroativas, não podendo atingir fatos celebrados no passado, por força da proteção constitucional ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (CF,

---

**art. 5º, XXXVI).  
Por força dessa vedação constitucional, as leis no Brasil só poderão retroagir para beneficiar o indivíduo; diferentemente das normas constitucionais, que, como se viu, são dotadas da chamada retroatividade mínima, eis que retroagem para alcançar contratos celebrados no passado, no que se refere às suas prestações futuras”.**

**Diante das considerações acima desenvolvidas, formulamos as perguntas seguintes: Promulgada uma Emenda à Constituição, qual a eficácia de seus dispositivos? As novas regras alcançarão, apenas, atos futuros (irretroatividade)? A Emenda Constitucional abrangerá efeitos futuros de atos verificados no passado (retroatividade mínima)? A Emenda Constitucional abrangerá efeitos pendentes de atos pretéritos (retroatividade média) ou atingirão até mesmo atos já consumados no passado (retroatividade máxima)?**

**Passamos a responder tendo como base a doutrinação acima exposta.**

**Esta pacificado no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que as normas constitucionais são dotadas de retroatividade mínima, isto é, alcançam, de imediato, os efeitos futuros de atos praticados no passado.**

**Esse entendimento estabelece, portanto, que, promulgada uma regra constitucional, esta tem aplicabilidade imediata sobre os negócios jurídicos em curso, regulando, a partir de sua vigência, os efeitos futuros desses atos celebrados no passado.**

**Em outras palavras: A nova regra constitucional não é absolutamente irretroativa: ela alcançará, de pronto, os efeitos futuros de atos praticados no passado.**

**Surge, no quadro acima assinalado, como relevante a questão: qual a eficácia e efetividade da nova regra constitucional a partir de sua promulgação?**

**As respostas às perguntas acima formuladas passam pela compreensão de que as normas constitucionais são dotadas de retroatividade mínima, quer dizer, elas são aplicáveis, de imediato, aos efeitos futuros de atos verificados no passado, quando assim determinar.**

**Respeitando-se os parâmetros jurídicos acima estabelecidos, consideramos que uma Emenda Constitucional quando promulgada produz efeitos retroativos mínimos de imediato, especialmente quando há previsão expressa a respeito, como é o caso da Emenda Constitucional n. 58, de 23.09.2009.**

---

#### **04 – CONCEITO DE PROCESSO ELEITORAL**

O art. 3º, inciso I, da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, determina que o disposto em seu art. 1º tenha vigência a partir do processo eleitoral de 2008.

O questionamento posto nas ADI S já mencionadas está circunscrito, em primeiro plano, ao conceito de processo eleitoral.

A expressão processo eleitoral atua em nosso ordenamento jurídico em dois planos: o plano formal e o plano material.

Temos, conseqüentemente, o processo eleitoral formal constituído pelas regras destinadas a impor previsibilidade, certeza, segurança e moralidade nos atos eleitorais. Compreende toda a regulação do alistamento eleitoral, da escolha dos candidatos em convenções, da propaganda eleitoral, do registro dos candidatos, do funcionamento dos partidos, das coligações partidárias para a eleição que está a se realizar, dos atos preparatórios para as eleições, da apuração dos votos, da proclamação dos eleitos, encerrando-se com a diplomação.

No plano material, processo eleitoral é concebido como sendo composto pelas regras determinantes da posse dos eleitos, do número de componentes das Casas Legislativas e do Executivo, da duração do mandato, dos direitos, garantias e responsabilidades dos eleitos antes e depois de empossado, da cassação e dos crimes eleitorais, de responsabilidade e comuns.

O processo eleitoral formal, portanto, em termos doutrinários, é concebido como sendo um conjunto de atos formais que abrangem a preparação e a realização das eleições, incluindo a apuração dos votos e a diplomação dos eleitos.

É este o sentido específico da expressão. É bem verdade que, em uma compreensão mais extensiva, podemos afirmar ser uma seqüência de atos jurídicos que, dependentes de atividade judicial, tendem teleologicamente à atividade eleitoral, na afirmação de COSTA, Elcias Ferreira da. Direito Eleitoral, 1ª ed., Forense, 1992, p. 135. São, portanto, regras de procedimento.

O processo eleitoral é explicado, com exatidão científica, por Albino Jacomel Guérios, em artigo publicado na Revista Paraná Eleitoral número 19 ( JUL/1994 ), do modo seguinte:

“Essa visão ampla permite compreender o processo eleitoral como um todo, do alistamento à diplomação dos eleitos ou mesmo ao julgamento em definitivo da " ação de impugnação de mandato eletivo", envolvendo urna série de atos praticados pelo eleitor, pelos candidatos, pelos fiscais e delegados de partidos, pelos mesários, membros de Junta Apuradora, pelo Juiz Eleitoral e pelo Ministério Público Eleitoral. A seriedade que deve

---

marcar o processo de escolha dos representantes do povo exige da lei eleitoral um sistema rigoroso de fiscalização, que estabelece procedimentos pouco formais e permite que cada ato seja controlado por inúmeras pessoas, todas em princípio legitimadas a impugná-los. Poder decisório, entretanto, têm apenas os órgãos da Justiça Eleitoral, o que não os inibe de atuar de ofício.

Esse conceito amplo de processo eleitoral e o entendimento de que todos os atos têm um sentimento teleológico, orientados para uma eleição, faz com que a expressão "fiscalização das eleições" seja tomado lato sensu, de modo a abranger não apenas a votação e a apuração, mas também os atos que lhe são anteriores e também os subseqüentes, do alistamento ao acórdão ou sentença que julgar a ação de impugnação de mandato eletivo.”

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tem, ainda, um entendimento consolidado sobre o que deve ser compreendido por processo eleitoral formal e material. A Constituição Federal assinala a expressão processo eleitoral em seu art. 16, ao dispor que:

“Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993\)](#)”.

A compreensão do que seja processo eleitoral formal e material é fundamental para que se possa ter uma exata compreensão dos efeitos retroativos determinados pelo art. 3º, inciso I, da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009.

A conceituação de processo eleitoral foi fixado por Joel José Cândido, em “Inelegibilidade no Direito Eleitoral Brasileiro”. Bauru. Edipro, 1999. O mencionado autor entende que por processo eleitoral devem ser compreendidas as “normas que estabelecem os parâmetros igualitários entre os partidos, no pleito, e não aquelas que apenas instrumentalizam o processo, incapazes, por isso, de gerar surpresas ou desequilíbrios na eleição e no seu resultado. Geralmente, as normas imutáveis da lei eleitoral, à luz do art. 16 da Constituição Federal, situam-se na Fase Preparatória do microprocesso eleitoral e são de natureza material. As relativas às convenções, a inelegibilidades e incompatibilidades, às coligações, ao número de candidatos, a alguns prazos; ao registro e à impugnação aos recursos financeiros da campanha, à propaganda, entre outros são alguns exemplos desta espécie. Das que não se incluem na proibição da Lei Maior, e que normalmente são adjetivas e pertinentes às outras fases do microprocesso eleitoral, temos as normas pertinentes às medidas preliminares à votação e apuração; à contabilidade e escrituração dos votos; as relativas à fiscalização da votação e do escrutínio pelas partes do processo eleitoral; à proclamação dos resultados e diplomação do pleito; aos crimes e aos processos, penal e civil eleitoral, etc.”.

Há, ao nosso pensar, um engano na conclusão do pensamento de Joel José Cândido quando identifica o conjunto de normas que cita como compondo processo eleitoral material. Todas as suas premissas levam a afirmação de que está a tratar de processo eleitoral formal, de regras procedimentais.



---

**O posicionamento conceitual restrito de processo eleitoral mereceu combate de Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira e Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira, autores de Tratado de Direito Eleitoral, Tomo I, Editora Premier, p. 45, ao afirmarem, após citação do entendimento de Joel José Cândido, que “sem dúvida alguma, a conceituação de processo eleitoral mais correta é a ampla, e não a restrita, eis que dentro da teleologia da proibição de leis casuísticas que mudem as regras do jogo”**

**Os referidos autores, antes da conclusão acima anunciada, fazem menção às discussões desenvolvidas na ADI n. 354 do STF de 24.09.1990, considerada como sendo um marco jurisprudencial para a conceituação do que seja processo eleitoral.**

**Os autores observam que na referida ADI, os “Ministros Octávio Gallotti, Paulo Brossard, Célio Borja, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira entendiam que processo eleitoral tinha compreensão restrita (o art. 16 proibiria mudança adjetiva/processual, mas não substantiva/material, diferenciando direito eleitoral – art. 22, I, da CF/88 – de processo eleitoral – art. 15). Os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Celso de Mello (voto magistral, diferenciando planos de existência, validade e eficácia da lei), Carlos Velloso e Aldir Passarinho entendiam que processo eleitoral tinha compreensão mais ampla, a saber, desde o alisamento de eleitores (e habilitação dos partidos na escolha de candidatos, definindo assim todos os personagens do drama eleitoral); do registro dos candidatos à propaganda; da votação à apuração; da proclamação à diplomação dos eleitos e, por fim, incluindo legislação partidária. Nesse sentido: ‘Numa visão teleológica, historicamente vinculado à preocupação de coibir o casuísmo da história eleitoral, traduzido em alterações das regras do jogo, de modo a adaptá-las, às vésperas de cada pleito, às conveniências previsíveis da corrente partidária de sustentação do regime autoritário. Disso, data vênua, sigo convencido. Para não frustrar a norma constitucional – essencial à relativa estabilidade da disciplina jurídica de disputa do poder, que é da essência do regime democrático (Bobbio) – o conceito de processo eleitoral, para os efeitos de gizar o raio de incidência do artigo 16 – pode não cobrir toda matéria de Direito Eleitoral, mas, por outro lado, há de ir além dele, na medida, pelo menos, em que do Direito Eleitoral se exclua o objeto da legislação partidária’ (TSE, Procl n. 12.388, Min. Sepúlveda Pertence)”.**

**Com apoio na doutrinação acima acentuada, tendo como inspiração os pronunciamentos jurisprudenciais referidos, Talhes Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira e Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira, na obra citada, p. 45, anunciam as mudanças na Constituição Federal e na Legislação Ordinária que podem ser feitas na legislação eleitoral e não estão sujeitas ao prazo de um ano previsto no art. 16 da CF. Ei-las:**

**a) “mudanças na Lei de Inelegibilidades – o TSE entendeu ser possível, por força do art. 14, § 9º, da CF/88 – Consulta n. 11.173/90 – logo, a Comissão de Notáveis, instituída pelo Exmo. Sr. Presidente do TSE, Ministro Carlos Velloso, pode ter aprovado na Câmara as sugestões de mudança na LC n. 64/90 para remediar a crise de corrupção e avanço legislativo em prol da probidade dos candidatos;**

---

**b) Mudanças em emancipação de Municípios ou na alteração do número de cadeiras das Câmaras Municipais (TSE , ARESPE n. 19830 – SP – São Vicente – Rel. Juiz Francisco Peçanha Martins – DJU 22.08.2009, p. 129);**

- c) **mudanças nos crimes eleitorais (.....);**
- d) **Processo penal eleitoral que receba subsídios da CF/88 (.....);**
- e) **Resolução do TSE que funcionem como ‘ato normativo secundários (.....)’.**

**Os mencionados autores, a seguir, entendem que estão submetidos ao art. 16 da CF de 1988. Não podendo haver modificação por Lei infraconstitucional, os temas seguintes:**

- a) **mudanças da Lei Partidária;**
- b) **mudanças na Lei Eleitoral que já estão estabelecidas para o próximo pleito;**
- c) **Resoluções do TSE que funcionem como ato normativo primário.**

**A doutrinação exposta leva-nos a concluir que, em face da existência do processo eleitoral formal e do processo eleitoral material em nosso ordenamento jurídico positivo, o artigo 16 da Constituição Federal, ao adotar o princípio da anualidade, o fez com o sentido de impedir que as regras do jogo eleitoral fixadas antes de um ano da data das eleições sejam respeitadas, não permitindo nenhuma modificação. Tão-somente, observamos, as regras destinadas a regular o procedimento eleitoral, nada mais, tudo em respeito aos direitos dos eleitores e dos candidatos.**

---

## 05 – INTERPRETAÇÃO DO ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O art. 16 da CF de 1988, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 4, de 1993, expressa comando assim posto: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

É de bastante clareza, ao nosso entendimento, que o art. 16 da Constituição Federal estabelece o princípio da anualidade no referente ao processo eleitoral formal, podendo ser denominado também de Princípio da Anterioridade da Lei Eleitoral, visando assegurar a segurança jurídica nas relações surgidas para a escolha de candidatos em eleições marcadas, evitando mudanças de regras no jogo político no período pré-convencional, durante as convenções, durante o registro dos candidatos, a realização da eleição e a diplomação. É o que se conclui do afirmado pelo referido dispositivo que permite à lei que alterar o processo eleitoral entrar em vigor, imediatamente, na data de sua publicação, contudo, só opera efeitos às eleições que ocorrerem até um ano antes de sua vigência.

O referido dispositivo tem por objetivo combater o vício de desvio de poder ou de finalidade por parte do legislador ordinário, limitando constitucionalmente a sua competência, evitando atingir um fim não lícito.

O dispositivo em apreço não se dirige ao Poder Constituinte Derivado e não tem aplicação quando o processo eleitoral material, em sentido amplo, é modificado após as eleições terem se consumado.

O artigo 16 da CF é considerado uma cláusula pétrea e assim deve ser entendido nos limites do seu alcance, isto é, o de fazer valer o princípio da anualidade no processo eleitoral formal.

O princípio da anualidade exclama que qualquer norma jurídica só terá efeito para o futuro se entrar em vigor em determinado período que permita ao cidadão dela ter conhecimento e se planejar para as conseqüências dos seus efeitos.

Ele estabelece, em suma, ao ser aplicável ao processo eleitoral, que as regras para as eleições devem ser previstas com base em planos e programas fixados antes de um ano do pleito para que possam existir, ter validade eficácia. O maior significado desse princípio para o processo eleitoral está em seu fundamento central que é a adoção de um sistema regulador de eleições previamente conhecido pelos cidadãos e pelos candidatos.

O princípio da anualidade sobrevive e revive no sistema eleitoral com as suas características específicas definidas no art. 16: a lei eleitoral que alterar o processo eleitoral formal não se aplica à eleição que ocorra até um ano antes da data de sua vigência. Ele é

---

**dirigido, portanto, ao processo eleitoral em sentido estrito (formal) e não ao processo eleitoral em sentido lato (material).**

**Não se tratando de regras dirigidas à realização de eleições futuras, a lei que alterar qualquer fenômeno concreto decorrente do processo eleitoral material, como é o caso de alteração do número de vereadores de cada Casa Legislativa Municipal, tem vigência imediata e pode ter efeito retroativo quando fizer essa opção.**

**Inocência Mártires Coelho, co-autor da obra “Curso de Direito Constitucional”, Editada pela Saraiva e pelo IDP, pgs. 796 e 796, ao comentar o referido princípio, doutrina:**

**“A Constituição estabelece que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que se realize até um ano da data de sua vigência (art.16).**

**Embora dirigida diretamente ao legislador, essa norma parece conter âmbito de proteção mais amplo, com o escopo de evitar que o processo eleitoral seja afetado por decisões casuísticas de todos os atores do processo, inclusive do Poder Judiciário.**

**Em pronunciamento na AdI 2.628, proposta contra a Resolução n. 20.993/2002, do Tribunal Superior Eleitoral, que dispôs sobre a escolha e o registro dos candidatos nas eleições de 2002, asseverou o Ministro Sepúlveda Pertence: “(...) por força do art. 16 da Constituição, inovação salutar inspirada na preocupação da qualificada estabilidade e lealdade do devido processo eleitoral: nele preocupação é especialmente de evitar que se mudem as regras do jogo que já começou, como era freqüente, com os sucessivos casuísmos, no regime autoritário. A norma constitucional – malgrado dirigida ao legislador – contém princípios que deve levar a Justiça Eleitoral a moderar eventuais impulsos de viradas jurisprudenciais súbitas, no ano eleitoral, acerca de regras legais de densas aplicações na estratégia para o pleito das forças partidárias” (Adi 2L.628, Rel. Sydney Sanches, DJ de 5-3.2002).**

**Assim, afigura-se imperativo que o processo eleitoral seja posto a salvo de alterações por parte do legislador ou mesmo da Justiça Eleitoral, devendo qualquer alteração, para afetar as eleições vindouras, ser introduzida em período anterior a um ano do prélio eleitoral.**

**A Emenda Constitucional n. 52, de 8.2.2006, alterou regra sobre a exigência de verticalização para as eleições presidenciais – tal regra impunha que as coligações que tivessem candidatos a Presidente se reproduzissem também nos demais âmbitos, para as eleições parlamentares e governamentais.**

**Colocou-se indagação sobre a sua aplicação ao pleito eleitoral a ser realizado em outubro de 2006 (EC n. 52/2006, art. 2º).**

---

**Argumento central dos defensores da aplicabilidade da emenda era de que se cuidava de reforma constitucional e não de lei ordinária. Logo, o óbice previsto no art. 16 da Constituição poderia ser afastado por decisão do constituinte derivado. Questionou-se, então, se o disposto no art. 16 da Constituição não teria o perfil de cláusula pétrea e, por isso, estaria a salvo de alteração até mesmo por força de emenda constitucional (CF, art. 60, § 4º, IV).**

**O Supremo Tribunal Federal entendeu que, embora não houvesse óbice à mudança pretendida, ela somente seria eficaz para as eleições de 2010, tendo em vista o princípio da anualidade contido no art. 16 da Constituição Federal. Considerou-se que o princípio da anualidade eleitoral integra o plexo de direitos políticos do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e os direitos dos próprios partidos, ao podendo o legislador constituinte fazer *tabula rasa*, sob pena de ter uma violação ao art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal (ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-3.2006, DJ de 10.8.2006)”.**

**Ora, como bem examinado, a expressão processo eleitoral abrange o denominado processo eleitoral formal (preparo das eleições, convenções, registro de candidatos, proclamação dos eleitos, diplomação) e processo eleitoral material (posse do candidato eleito, exercício do mandato, fixação de número dos integrantes das Casas Legislativas, duração do mandato, etc).**

**O art. 16 da Constituição Federal é dirigido ao processo eleitoral formal. Ultimadas as eleições não há mais que se falar em aplicação do princípio da anualidade, haja vista que desapareceu o campo da sua aplicação por ter se encerrado o processo eleitoral formal para o pleito realizado.**

---

**06 – LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 58/2009. CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ART. 3º DA REFERIDA EMENDA.**

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece que o Poder Legislativo, no cumprimento de suas competências fixadas pela Constituição Federal, ao emendar a Constituição, no exercício do Poder Constituinte Derivado, há de fazê-lo de modo compatível com os postulados, princípios e regras considerados como pétreos pelo Constituinte Originário.

Em consequência, a Emenda Constitucional há de se apresentar em harmonia com as diretrizes e os direitos e as garantias fundamentais elencadas na Constituição, notadamente as cláusulas consideradas imutáveis, por serem consideradas como representando a essência da vontade da população representada pelos integrantes do Congresso Nacional.

A Emenda Constitucional N. 58, DE 2009, por ser originária do Poder Constituinte derivado, só será considerada inconstitucional, de modo total ou parcial, se violar diretamente cláusulas pétreas explícitas e implícitas postas na Constituição Federal, haja vista que nenhum vício formal é apontado como a contaminando constitucionalmente. Aquela violação não existe.

As cláusulas pétreas visam assegurar a “imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto”, conforme informa Paulo Gustavo Gonet Branco, co-autor da obra Curso de Direito Constitucional, já citada, p. 218.

O referido autor alinha-se ao pensamento de Carl Schmitt, que cita, para quem “Uma faculdade de reformar a Constituição, atribuída por uma norma legal-constitucional, significa que uma ou várias regulações legais-constitucionais podem ser substituídas, mas apenas no pressuposto de que permaneçam garantidas a identidade e a continuidade da Constituição, considerada como um todo” (Teoría de La Constitución, Madrid: Alianza, 2001, p. 119).

É interessante a abertura de espaço para se determinar o alcance da proteção da cláusula pétrea, tendo em vista que, conforme lição de Gilmar Mendes, em “Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade”, artigo publicado in “Ajuris, 60 (1994), p. 251), sintetizada por Paulo Gustavo Gonet Branco, ob. cit., p. 219, “a cláusula pétrea não tem por meta preservar a redação de uma norma constitucional – ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição. Esses princípios, essas estruturas é que se acham ao abrigo do esvaziamento por ação do poder reformador”.

---

**Pelas razões expostas, propõe Paulo Gustavo Gonet Branco que, “de toda sorte, saber quando uma modificação de tema ligada a cláusula pétrea afeta” ou não afeta a estrutura principiológica da Constituição, “exige avaliação caso a caso”.**

**Não enxergamos no art. 3º, I, da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, violação a nenhum postulado, princípio ou regra eternos postos na Constituição Federal de 1988.**

**Está consagrada pela doutrina brasileira e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que as cláusulas pétreas em espécie são:**

- a) a forma federativa do Estado brasileiro;**
- b) o desenho de separação de Poderes;**
- c) o direito ao voto direto, secreto, universal e periódico;**
- d) a intangibilidade dos direitos e garantias individuais e sociais (quanto a estes há polêmica);**
- e) os direitos previstos em tratados sobre direitos humanos (a partir da EC n. 45);**
- f) as garantias do direito adquirido (há profundas controvérsias a respeito).**

**Há, também, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, o reconhecimento da existência de cláusulas pétreas implícitas, como as exemplificadas por Nelson de Souza Sampaio, citado por Paulo Gustavo Gonet Branco, a saber:**

**“a) as normas concernentes ao titular do poder constituinte, porque este se acha em posição transcendente à Constituição, além de a soberania popular ser inalienável;**

**b) as normas referentes ao titular do poder reformador, porque não pode ele mesmo fazer a delegação dos poderes que recebeu, sem cláusula expressa que o autorize; e**

**c) as normas que disciplinam o próprio procedimento de emenda, já que o poder delegado não pode alterar as condições da delegação que recebeu”.**

**São consideradas, também, cláusulas pétreas implícitas: a) as referentes aos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º) e seus objetivos fundamentais (art. 3º); b) a que garante a aprovação de uma emenda constitucional por três quintos atualmente exigidos; c) os casos da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, "a"); d) o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, "b"), por ser uma garantia individual do cidadão contribuinte; e) o princípio da anterioridade eleitoral quanto ao processo eleitoral formal (art. 16).**

---

O art. 3º, inciso I, da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, não afeta qualquer das cláusulas explícitas e implícitas acima mencionadas, não desestruturando o arcabouço constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, no exame de processo eleitoral material, tem precedente no sentido de que a prorrogação de mandato de prefeito de dois para quatro anos não afetava a cláusula pétrea do princípio republicano. Este julgamento está revelado no MS 20.257-DF (RTJ, 99;103) em que foi relator o Ministro Moreira Alves.

O referido Mandado de Segurança mereceu os seguintes comentários de Paulo Gustavo Gonet Branco, ob. cit., p. 220:

“No MS 20.257-DF (RTJ, 99/103), um precedente julgado em outubro de 1980, o Supremo Tribunal discutiu se uma emenda à Constituição, que prorrogava o mandato de prefeitos de dois para quatro anos, afetava a cláusula pétrea do princípio republicano, consagrado na Constituição da época. O voto do relator para o acórdão, Ministro Moreira Alves, esclareceu que a temporariedade do mandato político constituía uma dimensão do princípio republicano, cláusula pétrea explícita à época. No entanto, o Ministro entendeu também que a só prorrogação por dois anos de certos mandatos não equivalia a ofensa à temporariedade dos mesmos. Vê-se que nem toda modificação do tema da duração do mandato está vedada, desde que não se afete o núcleo essencial da temporariedade, que tem que ver com a possibilidade de, em intervalos razoáveis, o povo eleger os seus representantes em cargos políticos. A avaliação das hipóteses de eventual ofensa ao núcleo essencial da temporariedade dos mandatos há de ser feita caso a caso e não dispensa esforço hermenêutico”.

O inciso I do art. 3º da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, não ofende, como demonstrado, nenhuma cláusula pétrea explícita e implícita, haja vista que determina, apenas, que as Câmaras Municipais Legislativas passem a ser compostas, imediatamente, pelos quantitativos fixados em seu artigo 1º, quantitativos constantes nas Leis Orgânicas Municipais vigentes no momento em que a referida Emenda entrou em vigor e que não podem ultrapassar os limites fixados, considerando-se a população do Município.

Em conclusão, a retroatividade determinada pelo inciso I do art. 3º da Emenda Constitucional em questão produz os efeitos seguintes: a) as Câmaras Municipais passam a ser compostas, imediatamente, por tantos vereadores quantos fixados pelo art. 1º da referida Emenda, obedecendo-se os limites máximos ali determinados e o que determina a Lei Orgânica Municipal em vigor; b) se o total de vereadores de uma determinada Câmara Municipal, na atualidade, for maior do que o limite máximo fixado pelo art. 1º da Emenda, mesmo que a Lei Orgânica disponha a respeito, deverá haver a adequação aos números fixados pelo mencionado art. 1º da EC em questão; c) se o número de vereadores de cada Câmara Municipal for menor do que os limites fixados pelo art. 1º da EC n. 58 e encontrar-se em harmonia com o que dispõe a Lei Orgânica Municipal, nenhuma providência há de ser tomada, haja vista que qualquer alteração a ser feita por Lei Orgânica futura só valerá para



---

as próximas eleições; d) se o número de vereadores estiver menor do que o total fixada pela Lei Orgânica Municipal em vigor na época da promulgação da Emenda n. 58 e abaixo do limite máximo fixado pelo art. 1º da referida Emenda, deverá tal fato ser comunicado à Justiça Eleitoral para, após verificar pela reformulação dos cálculos, decidir quais os suplentes que passarão para a condição de eleitos, proceder a sua diplomação e, em passo seguinte, haver a posse do eleito como titular.

É o quadro que visualizamos no referente aos efeitos retroativos apregoados pelo inciso I do art. 3º da Emenda Constitucional n. 59, de 23 de setembro de 2009.

Não há que se argüir, ao nosso pensar, que o inciso I do art. 3º da EC n. 58, de 23 de setembro de 2009, feriu a cláusula pétrea implícita do princípio da anualidade das eleições.

O princípio republicano não foi atingido, haja vista que os suplentes foram votados de modo direito, em eleições livres e ostentam posição que lhe é outorgada pelo ordenamento jurídico.

Não há instauração de grau de instabilidade institucional que conflite com os compromissos democráticos assumidos pela Constituição da República. Pelo contrário. Os princípios democráticos estão assegurados, do modo mais amplo possível, tendo em vista que a opção do Congresso Nacional em conceder efeito retroativo aos efeitos do art. 1º da Emenda Constitucional não desequilibra a República, nem afeta qualquer alicerce do Estado Democrático de Direito.

É de se conceber que os suplentes receberam votação livre do povo e têm expectativas de direitos que lhes não podem ser suprimidas por mera vontade interpretativa de entidades legitimadas para a proposição de ADI. O que deve prevalecer é a sinalização se os efeitos retroativos adotados e em discussão afetam a estrutura republicana, os seus valores e os do Estado Democrático de Direito.

É sem razão a afirmação de que novos padrões foram estabelecidos para modificar a vontade do povo. Este, por sua vontade, votou nos candidatos aprovados em convenção e prestigiados pela Justiça Eleitoral, resultando na determinação de eleitos e suplentes. Estes, por terem sido votados legitimamente, têm direito assegurado de assumir qualquer cadeira que venha a vagar no Poder Legislativo por qualquer fato previsto em lei ou por a Constituição aumentar a composição da Casa que representa esse Poder.

É a regra imposta pelos valores democráticos que se apóiam em uma certa flexibilização ao estabelecer um sistema que não exige para cada vaga que venha a ocorrer no Poder Legislativo a realização de eleição para preenchê-la.

O fenômeno que estamos a tratar é de processo eleitoral material que não está submetido ao princípio da anualidade previsto no art. 16 da Constituição Federal. Este princípio, realmente, representa garantia individual do cidadão-eleitor que deverá saber,

---

antes do dia das eleições, quais são os candidatos apresentados pelos partidos e escolhidos em convenção, tudo merecendo o prestígio da Justiça Eleitoral.

A reestruturação da composição das Câmaras de Vereadores não se compreende como sendo um processo eleitoral formal. É, realmente, um processo eleitoral, porém, de natureza material e que pode ser modificado, a qualquer época, pelo Constituinte derivado, produzindo seus efeitos imediatos ou, por opção, efeitos retroativos.

Quais os limites materiais pétreos que a Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, desobedeceu? Nenhum.

Não houve, ao nosso entendimento, nenhuma ofensa ao princípio que garante o pleno exercício da cidadania popular, tendo em vista que, nas eleições de 2008, o eleitor votou em seus candidatos aos cargos do Legislativo Municipal, determinando os eleitos e os suplentes. O poder exercido pelos eleitos e a expectativa de poder a ser exercido pelos suplentes decorrem da vontade popular, apoiada no preceito de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. O suplentes não exercem poder, porém, eles têm a expectativa de exercê-lo, desde que sejam convocados para o preenchimento dos cargos que vagaram durante a legislatura para a qual foram eleitos ou que forem criados.

Os suplentes são representantes do povo em estágio de expectativa. Ostentam esse posicionamento no quadro político porque a tanto foram elevados pelo voto, denominado pela Ministra Carmen Lúcia, como sendo a “liberdade falada”, por ser “a manifestação maior da liberdade política”, por ser “instrumento da democracia construída pelo cidadão, a fazer-se autor de sua história política”.

O inciso III, do art. 3º da EC n. 58, de 23 de setembro de 2009, ao dar efeito retroativo ao seu artigo 1º que determinou a recomposição do Poder Legislativo Municipal brasileiro, resguardando os princípios a serem adotados pelas Leis Orgânicas de cada Município, não transgrediu, não cerceou e não mutilou a liberdade do voto exercida pelo eleitor, nem agrediu o ordenamento jurídico em sua inteireza. Trata-se de dispositivo oriundo da vontade do legislador no exercício de sua atribuição de Constituinte derivado, portanto, dotado de densidade que o Poder Judiciário só pode retirá-lo se houver grave e direta ofensa às cláusulas pétreas dispostas na Constituição Federal.

Não temos dúvidas em afirmar que o pleito de 2008 está aperfeiçoado e produzindo os seus efeitos, respeitando-se os direitos dos candidatos eleitos e a vontade popular. Não temos dúvidas, por outro lado, que, com base nesse pleito aperfeiçoado, nenhuma agressão existe ao ordenamento jurídico constitucional quando o Poder Constituinte derivado, considerando e aproveitando esse processo eleitoral formal aperfeiçoado, estabilizado, reestrutura o número de Vereadores das Câmaras Municipais e determina que os suplentes, após a feitura dos cálculos eleitorais, que passarem a condição de eleitos, ocupem as vagas de titulares constitucionalmente criadas.

---

Nenhuma regra do processo eleitoral formal foi alterada. Está a se cuidar de tema inserido em uma outra seara, a do processo eleitoral material, não abrangido pelo art. 16 da CF.

Lembramos que José Afonso da Silva, no exame do art. 16 da CF, é explícito ao doutrinar:

“A intencionalidade na norma constitucional...está em que os atos do processo eleitoral – e, por conseguinte, a dinâmica eleitoral (procedimento) – não se alteram num espaço de tempo em que os interesses eleitorais já se encontrem devidamente estabelecidos, de tal modo que mexer no processo acaba por se configurar um casuísmo. Por isso é que o dispositivo diz eu a lei que o fizer entrará em vigor na data de sua publicação, mas não se aplicará à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. Isso significa: a alteração no processo eleitoral só se dará se a lei que a estabelecer entrar em vigor mais de um ano antes da data da eleição cujo processo está sendo por ela modificado. A lei não se aplicará se entrar em vigor dentro do espaço de um ano antes da eleição” (Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2008, p0. 234).

A ADI n. 3.685, relatada pela Ministra Ellen Gracie, julgada em 22.03.2006, não trata, data vênua, de processo eleitoral material, isto é, de reestruturação da quantidade de cargos no Poder Legislativo Municipal após o processo eleitoral formal ter se consagrado, ter se ultimado, ter se aperfeiçoado. O tema nela examinado foi o de coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. A pretensão da EC n. 52, de 2006, discutida na ADI, era de fazer valer novas regras para coligações partidárias em período menor do que um ano para a realização das eleições, isto é, a utilização de nova regra para as coligações partidárias para valer nas eleições marcadas para menos de sete meses da sua vigência. Ali tratava-se, realmente, de processo eleitoral formal, pelo que, acertadamente, foi reconhecida a violação ao art. 16 da Constituição Federal.

A hipótese em debate não tem nenhuma similitude com o que apreciado na mencionada ADI.

O inciso I do art. 3º da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, não mudou em nada o processo eleitoral findo, nem afetou a segurança jurídica, haja vista que o direito de nenhum cidadão é atingido com a reestruturação da composição das Câmaras de Vereadores. Não há direitos adquiridos sendo violados, nem ato jurídico perfeito sendo desconsiderado. Pelo contrário. O que o Poder Constituinte Derivado adotou foi, com base em processo político aperfeiçoado segundo as normas jurídicas vigentes em sua preparação e em sua realização, projetar os seus efeitos para dar uma nova estrutura ao Poder Legislativo Municipal. O proceder constituinte derivado guarda inteira coerência com o princípio da segurança jurídica e não ostenta qualquer violação a ato jurídico perfeito.

Os direitos subjetivos dos eleitores e dos vereadores eleitos não foram atingidos. Eles permanecem sendo respeitados e valorizados, haja vista que o Poder Legislativo Municipal

---

passa a ter uma representação fixada de acordo com o número de habitantes, a critério do legislador constituinte.

A afirmação de que suplente não pode ser considerado como candidato eleito é absolutamente verdadeira. Verdade, também o é que o suplente tem direitos em expectativa, haja vista que, mesmo sem receber o diploma de eleito, por ostentar, apenas, o diploma de suplente, é chamado a ocupar o cargo na Câmara Legislativa quando há vacância de acordo com o determinado por lei. O que impede que o suplente ocupe cargo criado para reestruturar o Poder Legislativo Municipal criado por determinação de Emenda Constitucional? É a pergunta que merece uma resposta no sentido de que não há nenhum dispositivo posto, quer de modo explícito, quer de modo implícito, na Carta Magna que a tanto proíba. O que se proíbe é a alteração das regras do jogo para o processo eleitoral formal a ser adotado nas eleições a serem realizadas e para as quais os candidatos estão devidamente escolhidos em convenções e registrados. Nada mais.

O suplente foi escolhido pelo povo para figurar nessa posição e substituir o eleito quando a tanto for chamado.

Não devemos deixar sem comentários que o procedimento adotado para a definição dos eleitos nas eleições proporcionais, pelo sistema de quociente eleitoral, está sendo questionado como inconstitucional. Embora sem, ainda, uma definição definitiva a respeito, temos corrente doutrinária e votos vencidos posicionando-se nessa linha de pensar.

Não tecemos comentários sobre o assunto, por não ser o interesse nuclear do presente parecer.

O que pretendemos revelar é que o suplente das Casas Legislativas não é um objeto para o mundo jurídico. Ele é um sujeito de direitos e deveres, o que se consolida com o seu chamamento para ocupar cadeiras vagas no Legislativo.

Há afirmações de que o inciso I do art. 3º da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, afeta o princípio da segurança jurídica.

Não concebemos como a segurança jurídica é afetada por um dispositivo de Emenda Constitucional que, validamente, recompõe o quadro de vereadores das Câmaras Municipais e determina que para as vagas novas sejam convocados os suplentes que, após recálculos pelo procedimento de quociente eleitoral, sejam considerados eleitos.

Se essa foi a manifestação do Poder Constituinte Derivado, manifestação que não afeta a qualquer cláusula pétrea explícita ou implícita, conforme já demonstramos, não há configurada qualquer agressão ao princípio da segurança jurídica.

**A segurança jurídica, para bem ser compreendida, deve ser examinada como:**

- 
- a) **garantia de previsibilidade das decisões judiciais;**
  - b) **meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais;**
  - c) **veículo garantidor da fundamentação das decisões;**
  - d) **obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados;**
  - e) **entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais (por convergência e por divergência), impeditiva de recursos e vinculante;**
  - f) **fundamentação judicial adequada.**

**A investigação conceitual sobre segurança jurídica deve ser feita, ao nosso pensar, com apoio nas pilstras acima identificadas.**

**Por essa razão, o conceito de segurança jurídica há de ser pensado, primeiramente, em campo aberto de discussão sobre os reflexos produzidos pelas decisões judiciais que solucionam conflitos de qualquer natureza.**

**Há longos caminhos doutrinários procurando fixar a compreensão do que deve ser compreendido por segurança jurídica no seu sentido mais amplo.**

**Identificamos, de modo bem objetivo, três correntes sobre o assunto: a que concebe a segurança como valor extra-jurídico; a que visualiza segurança como previsibilidade jurídica; a que defende ser segurança jurídica como um conjunto de garantias constitucionais.**

**Os postulados dessas correntes foram examinados, com eficiência, por Christine Mendonça (Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP, Coordenadora do Curso de Direito das Faculdades de Vitória – FDV, Professora de Direito Tributário da Faculdade de Vitória – FDV), no artigo “Segurança na Ordem Tributária Nacional e Internacional”, capítulo da obra coletiva “Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito”, coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Edição NOESES e do IBET, 2005).**

**A autora entende, ob. cit., p. 47, que segurança como valor extra-jurídico, concentra “as expectativas do meio com relação ao sistema do direito posto”.**

**Em outra construção de pensamento, é a confiança, a certeza que o cidadão necessita ter no sistema jurídico regulador de suas relações jurídicas de direito público e de direito privado quando em estado de conflito.**

**Explica a autora acima referida: “Percebemos, assim, que, por vezes, encontraremos a doutrina e a jurisprudência se referindo à segurança na acepção de ‘certeza, confiança, infalibilidade’, sem a qualificação ‘jurídica’.**

---

Fala-se de segurança como uma expectativa das pessoas pela existência dos Sistema de Direito Positivo. Espera-se que se criem normas que digam como devem se dar as conseqüências caso ocorram certos acontecimentos, em outras palavras, espera-se que se criem hipóteses e conseqüências normativas. Essa é uma expectativa do meio, uma forma das pessoas se sentirem seguras” (p. 47, ob. cit). Esse tipo de segurança tem natureza axiológica. É uma espécie de valor sonhado e exigido pela cidadania. A segurança como previsibilidade juridicizada é concebida como sendo um princípio ou um sobreprincípio, haja vista ser pressuposto absolutamente necessário para a afirmação de qualquer sistema jurídico em um Estado Democrático de Direito. Nessa linha de pensar, Christine Mendonça, ob. cit., p. 48, lembra o afirmado por Paulo Barros de Carvalho e Eurico Marcos Diniz de Santi. O primeiro considera a segurança jurídica como um primado “dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta” (apud Christine Mendonça, ob. cit., p. 48). O segundo entende que “A segurança jurídica é um valor fundamental que o ordenamento jurídico persegue. O direito em si não apresenta essa segurança, se apresentasse esse cânone seria desnecessário. Muito pelo contrário, o direito convive com o risco, com a insegurança: todas as normas jurídicas infraconstitucionais e constitucionais são, com exceção das chamadas cláusulas pétreas e das normas individuais e concretas que recebem o efeito de coisa julgada, susceptíveis de alteração, seja mediante controle jurisdicional, seja mediante o exercício das competências legislativa, judicial e administrativa. Por isso, a determinação do direito só é aferível no horizonte do presente. A segurança jurídica do futuro é garantir a estabilidade jurídica ao presente, que se torna passado” (Decadência e Prescrição no Direito Tributário, p. 77. São Paulo: Max Limonad, 2000, apud Christine Mendonça, ob. cit., p. 48).

A segurança jurídica como sobreprincípio é reflexo da necessidade que o homem tem de conduzir e planejar as suas relações jurídicas. Ela é elemento componente do Estado de Direito, inspiradora de confiança a ser sentida pelo cidadão ao praticar qualquer jurídico de natureza pública ou privada. Por essa razão, J. J. Gomes Canotilho, em seu Direito Constitucional, 6ª. ed., Coimbra, Almedina, 1993, pp. 371 e 372, tratando do tema, afirma:

“A idéia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos”.

A segurança jurídica há de ser vista como sendo um enunciado principiológico com hierarquia superior, isto é, contendo um valor que deve ser aplicado de modo absoluto para consagrar a força do Direito quando vinculado à situações concretas conflituosas e que estão a exigir pronunciamentos administrativos e, especialmente, judiciais que as estabilizem.

Diante das considerações em volta do mencionado sobreprincípio, temos que, na órbita do ordenamento de direito de qualquer Estado vivenciador da Democracia, devem imperar,

---

sem quaisquer restrições, os princípios da legalidade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição, da igualdade e da anterioridade.

A doutrina, embora tenha sempre se preocupado com os efeitos produzidos pela segurança jurídica, aumentou, a partir dos meados do século XX até a data atual, as suas investigações a respeito, por se deparar com o crescente número de decisões judiciais diferenciadas referentes à aplicação de diploma legal idêntico incidente sobre fatos iguais.

A segurança jurídica como um conjunto de garantias constitucionais decorre, conforme anotado por Christine Mendonça, ob. cit., p. 49, da mensagem contida no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, combinado com o caput do art. 5º da mesma Carta. No preâmbulo da Carta Maior, destaca-se a passagem que afirma ser propósito da República Federativa do Brasil, “(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...)”, comando completado com a imperatividade da regra disposta no art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”. No dizer de Christine Mendonça, ob. cit., p. 49, “A expressão ‘segurança’ aqui positivada pela doutrina pátria, segundo José Afonso da Silva, como um conjunto de direitos que ‘aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral)<sup>1</sup>. Aqui, segundo o autor, encontraríamos a segurança do domicílio (art. 5º, XI), a segurança das comunicações pessoais (art. 5º. XII), a segurança em matéria penal (art. 5º, XXXVII a XLVII E LXXV) e a segurança em matéria tributária (art. 150, I a V)”.

Ganham relevo os pronunciamentos acima destacados e os de outros autores sobre a importância da segurança jurídica, na época contemporânea, em razão de ser identificado a ocorrência, no campo jurisprudencial, de posicionamentos que não têm valorizado, em algumas decisões judiciais, os valores componentes da segurança jurídica, em face de emissão de entendimentos divergentes sobre a aplicação de uma determinada regra jurídica vinculado a fatos com características idênticas. Essa é a razão determinante de a doutrina encontrar-se sempre voltando a discutir a importância da segurança jurídica, insistindo em considerá-la como sobreprincípio fundamental inspirador de condutas a serem exercidas por qualquer agente estatal, político ou não, a fim de que resulte no máximo fortalecimento, no Brasil, das linhas constitutivas do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição Federal de 1988.

As preocupações que estão sendo afloradas, pela importância que elas têm, levam-nos a repassar algumas conceituações emitidas por consagradores autores sobre segurança jurídica, numa tentativa de bem explicitar a sua função e valor em um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>1</sup> A autora cita: Curso de direito constitucional positivo, p. 437, José Afonso da Silva.

---

Destacamos, inicialmente, da obra coletiva “Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito”, coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Editora NOESES e IBET, 2005, os pronunciamentos de Aires F. Barreto, Humberto Ávila, Daniela de Andrade Braghetto, Luís Eduardo Schoueri e Pedro Guilherme Accordi Lunardelli. Aires F. Barreto, in “Tributação e Conjuntura Nacional”, capítulo da sua responsabilidade na obra coletiva acima referida, p. 3, doutrina: “É preciso enfatizar o princípio da segurança jurídica. Todos os que se debruçam sobre o tema aprendem com as lições de Paulo de Barros Carvalho, no sentido de que se trata de verdadeiro sobreprincípio, pressuposto de construção de qualquer ordem jurídica em Estado de Direito. Mister se faz repor, no devido lugar, essa magna diretriz, eixo em torno da qual gravitam todos os demais princípios. O sistema ideal é o que se assenta sobre o pilar do magno princípio da segurança jurídica. Os sistemas jurídicos nos verdadeiros Estados de Direito exprimem-se por normas gerais que, independentemente de estarem expressamente positivadas, devem ser obedecidas pelas pessoas alcançadas pelo ordenamento jurídico. Entre essas normas gerais, designadas de princípios gerais de direito, desponta, sobranceiro, o da segurança jurídica”.

Mais adiante, p. 4, ob. cit., afirma Aires F. Barreto: “Como quer que seja – princípio ou sobreprincípio – é preciso sublinhar que o primado da segurança jurídica permeia e impregna o conteúdo de todos os demais princípios. A segurança jurídica é a razão de ser de todos os demais vetores prestigiados pela Constituição. De fato, o princípio da legalidade existe para que se possa ter segurança jurídica. Idêntica é a razão da existência do princípio da igualdade; só se há falar em irretroatividade, para prestigiar a segurança jurídica; só cabe cuidar da evitação ao efeito de confisco, para preservar a segurança jurídica; só se prestigia o direito de propriedade, para garantir a segurança jurídica. Os vetores e diretrizes constitucionais destinam-se a preservar a segurança jurídica. Tomando de empréstimo a sentença magistral de Souto Borges, a propósito da diretriz da isonomia, e parafraseando-o, é lícito averbar que ‘a segurança jurídica não está na Constituição, a segurança jurídica é a Constituição’.

Em face de tudo quanto exposto, concluímos que não encontramos espaço jurídico para visualizar a segurança jurídica atingida pelo inciso I do art. 3º da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009.

É oportuno lembrar o entendimento de que “a norma do art. 16 da CF, consubstanciadora do princípio da anterioridade da lei eleitoral, foi prescrita no intuito de evitar que o Poder Legislativo pudesse inserir, casuisticamente, no processo eleitoral, modificações que viessem a deformá-lo, capazes de produzir desigualdade de participação dos partidos e respectivos candidatos que nele atuam,..” (ADI 3.345 e 3.365, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25.8.05).

Ora, o inciso I do art. 3º da EC n. 59, de 23 de setembro de 2009 não tem objetivo casuístico, não modifica qualquer processo eleitoral formal, uma vez que não cuide de atos preparatórios para eleições futuras, não produz desigualdades de participação dos partidos e respectivos candidatos que nele atuam. Ela, apenas, manda aplicar retroativamente os efeitos



---

da reestruturação das Câmaras Legislativas Municipais. Nenhuma ofensa, portanto, à segurança jurídica, por não causar qualquer instabilidade, nem ferir nenhum direito da cidadania.

É oportuno salientar que o inciso I do art. 3º da EC n. 58, de 23 de setembro de 2009, não conflita com o decidido na Consulta 1421, em data de 19.06.2007, pelo TSE. Na referida Resolução ficou assentado que “... a alteração do número de vereadores por emenda constitucional tem aplicação imediata, não se sujeitando ao prazo de um ano previsto no artigo 16 da Constituição Federal. Esse dispositivo está dirigido à legislação eleitoral em si, ou seja, àquela baixada pela União no âmbito da competência que lhe é assegurada constitucionalmente... (RMS n. 2.062/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 22.1093”.

O núcleo da referida Resolução ostenta o entendimento supra mencionado.

A ressalva que se fez foi a de que, como a consulta estava sendo apresentada em 19.06.2007, a data-limite para a aplicação da emenda em comento para as próximas eleições municipais deve preceder o início do processo eleitoral, ou seja, o prazo final de realização das convenções partidárias”.

O contexto em que foi respondida a consulta não estava integrado por dispositivo posto em Emenda Constitucional que, após as eleições, reestruturou o número de Vereadores das Câmaras Municipais e determinou aplicação retroativa para a ocupação das vagas pelos suplentes que fossem considerados, após os cálculos legais, eleitos. As conclusões da referida consulta não se aplicam, portanto, à situação ora examinada.

---

**07 – A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS POSTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL É MEDIDA EXCEPCIONAL QUE SÓ DEVE SER ADOTADA EM SITUAÇÕES DE GRAVE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS, AOS PRINCÍPIOS E AS REGRAS TIDAS COMO ETERNAS PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO.**

O ordenamento jurídico há de ser compreendido como sendo um conjunto articulado de normas adotadas em certo âmbito territorial, com configuração hierarquizada. Implica que uma determinada camada normativa tem sua validade aferida a partir de sua conformidade com as camadas superiores. Chega-se, então, à necessidade conceitual de uma norma fundamentadora de validade de todas as outras, o que, por seu turno, significa a superioridade e maior grau de generalidade dessa norma.

Como tipo normativo fundante e dotado do maior grau de generalidade, a constituição é o paradigma de comparação de validade para todas as demais espécies normativas possíveis em certo ordenamento. Em curtas palavras, significa que outras normas não devem conflitar com a Constituição, porque retiram dela seu último fundamento de validade.

A supremacia constitucional adquire mais importância nos sistemas com alguma rigidez, ou seja, naqueles dotados de regras mais rígidas para alterações constitucionais que aquelas prescritas para a feitura de leis ordinárias. E, principalmente, naqueles em que há um conteúdo que se diz imutável sem rompimento da ordem vigente, chamado de núcleo intangível, onde estariam as cláusulas pétreas.

Com efeito, o conceito de constituição demanda intrinsecamente uma certa rigidez, sob pena de não se ter propriamente uma norma superior que possa servir de paradigma de aferição de validade de outras. Se todo o ordenamento jurídico positivo se fizesse de normas do mesmo nível, sujeitas todas elas às mesmas regras de processo legislativo, não se poderia falar de controle de constitucionalidade.

Enfim, a supremacia constitucional pressupõe um grau maior de dificuldade formal na elaboração da norma superior e uma reserva material, pelo que se pode exigir das normas hierarquicamente inferiores conformidade àquela. Logicamente, não se poderia falar em uma espécie normativa buscar seu fundamento em outra do mesmo grau.

O controle de constitucionalidade dos atos normativos, então, é uma garantia do próprio ordenamento jurídico, na medida em que se defende a supremacia da constituição como fundamento último de validade do restante das espécies normativas.

A validade das normas existentes em um ordenamento jurídico é buscada na Constituição, por ser esta quem tem a força da supremacia e da regulação da forma de elaboração das leis. Isso decorre do caráter super legislativo das normas constitucionais que impõe os princípios da constitucionalidade de todos os atos do Estado e o da interpretação das leis e de quaisquer outras normas de conformidade com a Constituição.

---

Explica-se o afirmado com o registro de que a Constituição é considerada como fonte positiva de direito pelo que dá validade e fundamento às normas hierarquicamente inferiores. Justifica-se, nesta acepção, a lição de José Joaquim Gomes Canotilho de ver a Constituição atuar como norma primária e assim entendê-la sob dois pontos de vista: sob o ponto de vista funcional e sob o ponto de vista hierárquico. Assim ensina o mestre português:

“Queremos com isto dizer que a Constituição vai entendida no sentido de uma norma positiva ou conjunto de normas positivas através das quais é regulada a produção de normas jurídicas. Nesta acepção, a Constituição é uma norma primária sob um duplo ponto de vista: sob o ponto de Vista funcional, porque regula os processos através dos quais as normas do sistema jurídico podem ser criadas e modificadas; sob um ponto de vista hierárquico, porque a Constituição se situa no topo da pirâmide normativa” (*Direito Constitucional*, p. 306. Almedina — Coimbra).

A significação dos aspectos afirmados é o fato de que os órgãos estatais responsáveis pelo exercício da soberania estão obrigados a fazer com que o Poder Legislativo atue nos termos da Constituição, emanando atos legislativos que com ela se apresentem conformes.

Entende-se, em consequência, que a ordem constitucional atua como parâmetro da legitimidade das normas ordinárias. A partir desse parâmetro, que exige seja considerada a Constituição no seu complexo global, há de se verificar a necessidade de se obedecer, na estrutura das normas legais, às influências do direito suprapositivo, dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais não escritos, sob pena de ficar caracterizada a desconformidade delas com a Carta Magna.

O vício da inconstitucionalidade é detectado quando o ato normativo não se adequa aos limites constitucionais. Com razão, portanto, Marcelo Neves, quando em *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, Ed. Saraiva, p. 71, afirmou que assim sendo, há de reconhecer-se que a inconstitucionalidade é um problema de relação intrasistemática de normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico estatal. Por essa circunstância é que Alfredo Buzaid, in *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1958, p. 43, doutrinou:

"Diz que uma lei é inconstitucional quando ela, no todo ou em parte, ofende à Constituição".

Não obstante dizer de forma diferente, porém, com a mesma significação, é igual o pensamento de Ataliba Pereira Viana, conforme registro no seu *A Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro, 1974, p. 5:

“A locução constitucionalidade das leis, consagrada na terminologia do Direito Público, exprime a compatibilidade daquelas com a Constituição.

---

C. A. Lúcio Bittencourt, in *O controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 55, reconheceu, também, que "Inconstitucional é, como óbvio, a lei que contém, no todo ou em parte, prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição. Certo é que a identificação de uma lei inconstitucional produz várias conseqüências para o ordenamento jurídico. O primeiro é o de se fazer com que a norma jurídica seja considerada ineficaz. Para tanto há de se provocar os Tribunais para que fique definida a aplicação da lei em situações concretas ou seja declarada a sua inconstitucionalidade em tese. A outra conseqüência é a de se considerar a lei como inexistente, por ter havido, quando da sua elaboração, desobediência às formalidades baixadas para a sua criação. A terceira conseqüência é a de se ter como revogada, quando a lei considerada como incompatível com a Constituição, já estava em vigor, na ocasião da adoção do novo Texto Constitucional".

Marcelo Caetano, em seu *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra, Editora Lisboa, 1970, 6<sup>a</sup> ed., p. 344 e ss., assinala que dos pronunciamentos declarativos de inconstitucionalidade das leis podem surgir as seguintes conseqüências:

“a) inconstitucionalidade material que decorre da existência de lei que contém preceitos que contrariam a Constituição;

b) inconstitucionalidade formal quando a lei deixou de seguir os trâmites estabelecidos para a sua elaboração;

c) inconstitucionalidade orgânica por ter ela provindo de órgão que era inconstitucionalmente incompetente para produzir a norma.

Há de se considerar que, conforme ensina Norberto Bobbio, em *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 49, trad. de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos, Editora Polis, Editora Universidade de Brasília, 1989, "a norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, no ordenamento jurídico, de norma superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica. As normas de um ordenamento são dispostas em ordem hierárquica.

A unidade do ordenamento jurídico se desenvolve como um sistema dinâmico que exige coerência para que possa ser útil aos seus objetivos. Algumas regras dirigidas aos produtores de normas estão presentes nesse sistema.

São elas:

a) Nenhuma norma deve ser criada que seja incompatível com o sistema.

---

b) O legislador, ao enfrentar qualquer antinomia no processo de elaboração das normas, deve procurar eliminá-la.

c) As normas de diferentes níveis devem obedecer à hierarquia estabelecida pelo ordenamento jurídico.

d) O legislador ordinário não está proibido de formular sucessivamente normas em oposição entre si.

e) Se, por acaso, há oposição entre a norma ordinária e a fundamental, deve o Juiz: eliminá-la a fim de manter coerente o ordenamento;

f) O ordenamento jurídico deve ser completo para que possa fornecer ao Juiz, em cada caso, a solução adequada” .

As regras acima enunciadas defluem dos princípios estabelecidos pelo Direito Constitucional Moderno que ressalta a supremacia da Constituição, pelo que "todos os preceitos normativos, dentro de cada Estado, se devem ajustar aos ditames constitucionais, não podendo ir contra o que os mesmos estabelecem. Configura-se, no ensinamento de Merkl e Kelsen, uma 'estrutura escalonada do Direito', de que tão nítida noção nos oferece a célebre pirâmide do jurista austríaco". (Nailê Russomano de Mendonça Lima, in "Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil", p. 141, *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, n. 2, Forense, Janeiro/1983).

Esse escalonamento da norma jurídica de que se fala determina o sistema hierárquico das leis, que deve existir na Federação. O certo é que a verdadeira hierarquia é dada pelo constante e integral respeito à Lei Fundamental, cuja supremacia política se distingue, acima de tudo, por seu caráter de legitimidade, suprallegalidade e permanência. É de ser lembrada, na oportunidade, a doutrina de Schmitt, segundo a qual a Constituição mais do que uma norma é uma "decisão" sobre a espécie e forma da unidade política, e assim sendo, as leis são constitucionais quando se apoiarem naquela "decisão".

Em síntese, todas as demais normas do Direito Positivo, por serem hierarquicamente inferiores à Constituição Federal, devem guardar com ela compatibilidade. Só serão declaradas inconstitucionais quando contrariarem, de modo concreto e definido, algum dos princípios ou regras constitucionais, mesmo que sejam de natureza programática.

A caracterização da norma não inconstitucional exige, para a sua definição, a adoção de critérios interpretativos que se movem, essencialmente, no plano jurídico e, excepcionalmente, no plano político, a depender do círculo a abranger.

O intérprete, no exame de cada norma infra-constitucional posta na Constituição, deve examinar o seu contendo teleológico e extrair dele uma configuração que se adeque à Constituição. O desenvolver dessa tarefa deve ser feito com a preocupação de que, em matéria

---

de interpretação constitucional, não há possibilidade de se seguir uma metodologia pura. A adoção de critérios metodológicos variados refletirá a liberdade da escolha e utilização de diversos processos interpretativos que conduzam ao estabelecimento do verdadeiro sentido da norma positiva. O que deve ser buscado na lei é o seu aproveitamento máximo, só se declarando a sua inconstitucionalidade quando a afronta à Constituição seja direta e incontornável.

Qualquer regra de direito positivo só será reconhecida como inconstitucional quando violar diretamente à Constituição. Para que tanto fique configurado, há necessidade dessa violação ser frontal, pois, deve presidir na análise dessa situação a presunção de constitucionalidade. O intérprete, ao proceder essa investigação, não pode deixar de considerar a Constituição como sendo uma ordenação da comunidade política, onde estão presentes regras materiais definindo a ordem jurídica-política e se destacam os valores concebidos pela Nação.

O vício da inconstitucionalidade decorre da não conformação do ato normativo com o padrão constitucional. Esse padrão é que serve como marco definidor da compatibilidade ou não da norma inferior com a superior. Nesse aspecto, há configurações que não podem ser deixadas de lado, a exemplificar, a força ideológica existente nos termos e expressões constitucionais, o conteúdo da metalinguagem, as antinomias normativas, as imprecisões semânticas, tudo a propiciar a extração de soluções tanto negativas quanto positivas do caráter de inconstitucionalidade de uma lei.

Uma norma jurídica pode se apresentar como sendo inconstitucional em duas situações:

- a) na de inconstitucionalidade material, substancial ou intrínseca;
- b) na de inconstitucionalidade formal ou extrínseca.

Essas duas situações são explicadas por Marcelo Neves, em *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, Ed. Saraiva, 1988, p. 110, da forma seguinte:

“No primeiro caso, o órgão legiferante desrespeita 'regras' constitucionais de fundo; no segundo, há descumprimento de 'regras' constitucionais de forma. Ou, do ponto de vista pragmático: na primeira espécie, a lei obedece às técnicas constitucionais de validação condicional; na segunda, há desobediência às técnicas constitucionais de validação finalística.

A inconstitucionalidade de uma lei pode ser, também, total ou parcial. No primeiro caso, o vício deve afetar a lei, como um todo, invalidando o seu conjunto.

**No segundo, só há afetação a uma parte do ato normativo.**

---

Uma lei considerada inconstitucional em sua totalidade tem a consequência de ser considerada inválida para o ordenamento jurídico. Em se tratando de inconstitucionalidade parcial, isto é, de parte de uma lei, somente essa parte é que se torna sem capacidade de produzir qualquer efeito no mundo jurídico, sem que fique afetada a outra parte compatível com a Carta Magna.

Há, porém, situações que a parte da lei considerada inconstitucional se apresenta em uma ligação de dependência lógica ou teleológica com as outras partes, exigindo a impossibilidade de se conceber, de modo isolado, a parte conforme a Constituição, pelo que se impõe a decretação da inconstitucionalidade de todas as partes, isto é, de toda a lei.

Outro ponto a ser anotado é o relativo a vários outros aspectos que podem surgir em relação ao fenômeno da declaração de inconstitucionalidade de uma lei. O primeiro que merece destacar é o reconhecimento de ser uma lei inconstitucional por ter violado princípios constitucionais implícitos. Isso porque tem se afirmado, no campo da doutrina e no da jurisprudência, que "é inconstitucional a lei violadora da Constituição quer ela disponha contrariamente à letra, quer ela fira o espírito constitucional, presente nos princípios deduzíveis da expressão de seus dispositivos" (Ronaldo Poletti, in *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 171, Forense, 1985). O acima acentuado decorre do entendimento de que uma Constituição não é apenas o seu texto literal, por ser composta por princípios que contribuíram para a sua formação, pelo que há de ser preservado o seu espírito, a fim de se garantir os valores nela dispostos pelos constituintes.

No campo jurisprudencial tem o Colendo Supremo Tribunal Federal prestigiado os princípios informadores da Constituição, ditando algumas orientações a respeito. Registre-se, por exemplo, o que está contido em acórdão relatado pelo Min. Moreira Alves (RTJ 102-405), de que "a Constituição, quando estabelece princípios que se consideram da essência dos Poderes, ainda que digam respeito, expressamente, apenas aos Poderes Federais, deve ser seguida pelas Constituições Estaduais".

De igual modo, conforme revela acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 79, p. 694, onde o Min. Moreira Alves foi relator, a Colenda Suprema Corte considerou implícito em nossa Carta Magna o princípio da presunção de inocência, o fazendo com a afirmação de que "...não posso considerar a presunção de inocência como daqueles princípios eternos universais, imanentes, que não precisam estar inscritos nas Constituições, e que, na nossa, teriam guarida na norma residual do § 36, do art. 153."

Por fim, para se ficar apenas com três exemplos, faço referência a um voto de profunda repercussão no mundo jurídico, que foi proferido pelo Min. Cordeiro Guerra (RTJ 103/1.321), onde a interpretação finalística foi seguida, em tema que versava sobre a inelegibilidade da mulher casada apenas no religioso com o titular do cargo.

---

Nessa decisão, a literalidade do texto legal foi afastada e se deu integral apoio a interpretação finalística da norma maior tomando-se por base princípios axiológicos implícitos existentes na Constituição. Assim se pronunciou o Eminentíssimo Min. Cordeiro Guerra:

“Creio que o v. acórdão é incensurável, consistindo o julgado recorrido um marco positivo da evolução da jurisprudência para a moralização dos costumes políticos do País. De fato, a Constituição dispõe que a Lei Complementar das inelegibilidades tem em vista preservar o regime democrático, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. Ora, seria ilógico conceder-se à esposa casada no religioso, ou seja, à concubina teúda e manteúda, o que se nega à esposa legítima. Seria estimular-se a fraude à lei e à Constituição, permitir-se a burla da inelegibilidade expressamente prevista na Lei Complementar, desconsiderando-se a realidade, para negar a finalidade da própria lei. As inelegibilidades não são restritas, mas expressas e nelas se compreendem as situações nelas previstas, ainda que se pretendam invocar situações de fato destinadas a contorná-las. A seguir, citando o pensamento de Carlos Maximiliano, afirma: ‘Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalista, observa Carlos Maximiliano, por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermenêuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais, será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse—para o qual foi regida’ (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3.<sup>a</sup> ed., pp. 163 e 164). Sem se afastar de Carlos Maximiliano, continua o Min. Cordeiro Guerra: ‘Já os antigos juristas romanos, longe de se aterem à letra dos textos, porfiavam em lhes adaptar o sentido às exigências da época. Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas se não alteram à proporção que envolve a coletividade, consciente ou inconsciente à magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, em fator do processo de desenvolvimento geral, por isso a hermenêutica se não pode furtar à influência do meio no sentido estrito e na acepção lata; atende às conseqüências de determinada exegese; quanto possível a evita, se vai custar dano econômico ou moral à comunidade. O intuito de imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta do que o tradicional apego às palavras, o sistema silogístico da exegese” (Carlos Maximiliano, in ob. cit. p. 169).

O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao exercitar o controle da constitucionalidade, em toda a sua história, tem se conduzido com rigorosa cautela, com a finalidade de que, em qualquer momento e situação, seja feito valer a primazia da vontade explícita e implícita da Constituição. Uma investigação aprofundada nos acórdãos da Suprema Corte revela essa preocupação, o que faz consagrar a imagem de respeito que a Corte tem perante os jurisdicionados da Nação, por louvarem como a Corte Excelsa desempenha o papel jurídico-político que lhe é conferido.



---

**Essa característica está presente nos inúmeros julgados proferidos sobre inconstitucionalidade de leis, conforme se passa a comprovar.**

**Na Representação n. 839-AL, relatada pelo Min. Djaci Falcão, a Colenda Corte não acolheu, em 26-5-71, argüição de inconstitucionalidade do art. 81 da Constituição da época do Estado de Alagoas, cujo teor era o seguinte:**

**"Art. 81.— Para provimento do cargo isolado, legalmente definido como de natureza técnica ou científica, poderá ser exigido o concurso apenas de títulos na forma que a lei estabelecer."**

**O fundamento nuclear do voto condutor da decisão foi o de que: “Desde que a Lei Básica estabelece ampla reserva, permite o mais, isto é, até o aproveitamento independentemente de concurso nos casos indicados em Lei Ordinária, como ficou reconhecido por esta Corte ao apreciar a Representação n. 808, do Paraná, relatada pelo Eminente Min. Luís Gallotti, não divisamos a inconstitucionalidade argüida”.**

**Mais adiante, foi acrescentado:**

**"Não é demais insistir que o constituinte estadual ficou aquém da Lei Maior, eis que estabeleceu o concurso de títulos, para o cargo isolado, definido por lei como de natureza técnica ou científica."**

**Aplicou-se, no julgamento em análise, o entendimento de que só se caracteriza a inconstitucionalidade de uma lei quando há afronta direta a qualquer dispositivo da Carta Maior ou violação a um dos seus princípios explícitos ou implícitos.**

**Em outra oportunidade, quando do julgamento da Representação n. 864-GB, o Colendo Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o § 6º, parcialmente, do art. 42 da então Constituição da Guanabara, com a redação da Emenda n. 4, de 30-10-69, por ter violado frontalmente a Constituição Federal.**

**O dispositivo inquinado de inconstitucional determinava que "o Governador e o Vice-Governador tomarão posse perante a Assembléia Legislativa ou, se esta não estiver reunida, perante o Tribunal Regional Eleitoral, prestando o seguinte compromisso:  
.....  
......"**

**A inconstitucionalidade reconhecida foi da última parte que atribuía ao Tribunal Regional Eleitoral empossar o Governador e Vice-Governador quando a Assembléia Legislativa não estivesse reunida.**

**Nos debates, ficou assentado que a Constituição do Estado não pôde ampliar ou restringir a competência de um Tribunal Federal. Ainda mais que a Constituição é "um**

---

sistema, e como tal merece ser considerado, entendido e interpretado". (Min. Thompson Flores).

Nos exemplos mencionados, verifica-se a rigidez com que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei é examinada. Só se declara essa condição, quando, realmente, se constata choque intransponível com a Constituição Federal, visto esta como um complexo de princípios harmônicos implícitos e explícitos a produzir efeitos jurídicos.

Por fidelidade às afirmações antecedentes não se pode compreender como inconstitucional dispositivo de Emenda Constitucional que, simplesmente, sem ofender a qualquer cláusula pétrea, determina efeito retrooperante à situação legislativa que reestrutura a composição das Câmaras Municipais, determinando que candidatos votados em eleição, ostentando a condição de suplentes, após serem considerados eleitos por recálculos do quociente eleitoral, ocupem as novas vagas criadas.

Lembramos que a doutrina acentua que “Marshall, contudo, não se limitou a externar o postulado da supremacia da Constituição e a apontar a inoperacionalidade das leis inferiores como consequência da sua desobediência. Ele foi além. Extraiu daí mais uma decorrência, celebrada por uns e questionada por outros, cujo impacto, intensidade e alcance têm sido, por mais de duzentos anos, objeto de disputas e incertezas (FALLON JR., 2003). Não desconhecia ele o fato de que nas democracias modernas, onde vige o império do Direito e onde os poderes estão separados em diversos departamentos, a lei, fruto do autogoverno democrático do povo e ato típico do departamento legislativo, é fonte do Direito por excelência. Nem que, em consonância com o princípio da separação de poderes, se é ao Legislativo que cumpre fazer as leis, é a outro departamento, o Judiciário, que incumbe aplicá-las. Em suas próprias palavras, “é província e dever do departamento judicial dizer o que o Direito é”. Logo, se, por um lado, a lei contrária à Constituição não é Direito e, por outro, é ao departamento judicial que cabe dizer o que o Direito é, juízes e tribunais são competentes para rever as leis editadas pelo Poder Legislativo. Estabeleceu-se, assim, o que os norte-americanos denominaram poder de “*judicial review of legislation*” e que, na Europa continental e áreas sob a sua influência, é conhecido como “*Certainly, all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void*” *Marbury v. Madison*, 5 U.S (1Cranch) 137 (1803) (Marshall, C.J.). (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 109; SWISHER, 1964, p. 11).

No patamar das idéias que estamos desenvolvendo, chamamos a colação voto do Ministro Paulo Brossard no julgamento definitivo da ADIn 939-7/DF (15.12.1993, p. 300):

“no tratamento de matéria como esta, resultante de emenda constitucional, o Tribunal há de ser, particularmente, discreto. Se é certo que não se declara a inconstitucionalidade de uma lei, senão quando for manifesta, porque se presume a sua constitucionalidade, creio que esta regra sobe de ponto quando se trata de emenda constitucional e não de lei ordinária.

---

**Algumas das observações feitas teriam pertinência se se tratasse de lei ordinária, mas, como se trata de emenda constitucional, é preciso considerar a natureza da lei questionada.”**

**Em face de tudo quanto exposto, cumpre relembrar as afirmações de Larry Kramer: “Existe um mundo de diferença entre ter a *última* palavra e ter a *única* palavra: entre a supremacia judicial e a soberania judicial. Nós podemos escolher aceitar a supremacia judicial, porque nós precisamos de alguém que defina certas questões constitucionais e, por uma variedade de razões históricas e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal parece ser nossa melhor opção. Mas não se segue daí nem que o Tribunal deva exercer sua autoridade sobre todas as questões nem que, quando ele o faça, possa desconsiderar ou suplantapressadamente as visões de outras, mais democráticas, instituições. Em outras palavras, nada na doutrina da supremacia judicial exige que se negue que a Constituição tem qualidades que a colocam à parte da lei, e que essas qualidades conferem autoridade interpretativa legítima aos atores políticos como uma forma de assegurar contínuo insumo popular no delineamento do significado constitucional. (KRAMER, 2001, p.13, tradução livre).**

---

## 08 – CONCLUSÃO

A conclusão que apresentamos, após as razões acima desenvolvidas, concentra-se na simples afirmação da absoluta constitucionalidade do inciso I do art. 3º da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, por:

- a) Não ferir direta, nem indiretamente, qualquer cláusula pétrea explícita e implícita adotada pela Constituição Federal de 1988.
- b) Não violar o princípio da anualidade previsto no art. 16 da Constituição Federal de 1988 porque esse princípio se destina a gerar segurança jurídica para o processo eleitoral formal que compreende os procedimentos adotados desde os atos preparatórios para as eleições (alistamento eleitoral, pré-convenções, convenções, registro de candidatos, propaganda eleitoral, eleições propriamente ditas, apuração, proclamação de eleitos e diplomação), enquanto o dispositivo em apreço cuida de reformar o processo eleitoral material, isto é, o de fixar, após eleições realizadas e aperfeiçoadas, uma nova reestruturação para o número de Vereadores das Câmaras Municipais.
- c) Não ferir nenhum ato jurídico perfeito, nem atingir direito subjetivo adquirido de qualquer eleitor e de candidatos eleitos.
- d) Não criar nenhum transtorno para a segurança jurídica, haja vista representar expressão da vontade do Poder Constituinte Derivado em harmonia com os postulados, os princípios e regras constitucionais.
- e) Não atentar contra o Princípio Republicano, nem contra as estruturas do Estado Democrático de Direito, haja vista que o cidadão votou livremente nos candidatos que lhe foram apresentados pelos Partidos Políticos e optou por criar duas classes de seus representantes: os eleitos e os suplentes, outorgando a estes expectativas de direito.
- f) Os suplentes, mesmo sem serem considerados eleitos, pelo nosso processo eleitoral material, assumem cargos que são temporariamente considerados vagos nas Câmaras Legislativas, a demonstrar que não há nenhuma incompatibilidade em serem chamados a, definitivamente, após serem diplomados eleitos, ocupar cargos que foram criados no Poder Legislativo por vontade do Constituinte Derivado.
- g) As regras da democracia admitem flexibilizações que não devem ser impedidas quando são originárias da vontade do Congresso Nacional, no exercício da soberania de sua competência.
- h) A inconstitucionalidade de dispositivo posto em Emenda Constitucional, conferindo efeito retroativo a um dos seus artigos, só deve ser acatada quando expressa e frontalmente ferir cláusulas pétreas, eternas, da Constituição Federal.

---

**i) Não se deve declarar a inconstitucionalidade de dispositivo posto na própria Constituição Federal por mera interpretação subjetiva, sem base em choque afrontoso e violento à norma pétrea da Carta Magna.**

**j) A inconstitucionalidade de uma norma constitucional só deve ser declarada em situações excepcionalíssimas, isto é, quando ela provoca degradação no princípio republicano, no sistema democrático e afeta direitos fundamentais.**

**k) Não provoca degradação no princípio republicano, nem no sistema democrático, nem ofende a categoria dos direitos fundamentais de gerações diferentes (primeira, segunda, terceira e quarta) a norma constitucional que determine aplicação retroativa a dispositivo que reorganiza o número de Vereadores das Câmaras Municipais.**

**l) O reflexo da reestruturação da composição das Câmaras Municipais tem seu ciclo de efeitos restritos aos limites dos Municípios, sem afetar a sua organização, nem os direitos dos seus habitantes.**

**É o parecer, salvo melhor juízo.**

**Brasília, 20 de outubro de 2009**

**JOSÉ AUGUSTO DELGADO – Advogado : OAB RN 7490.**