1984: O Supremo, contra as diretas, emenda a Constituição

José Paulo Cavalcanti

1. Na sessão realizada em 25 e 26 de abril de 1984, o presidente do Congresso Nacional declarou rejeitada a proposta de Emenda Constitucional chamada "Dante de Oliveira", que tinha por objetivo restaurar as eleições diretas para presidente da República.

Haviam votado 363 deputados, e a proposta obtivera 298 votos favoráveis e 65 contrários; ou seja, obtivera mais de dois terços dos 363 votos. Sua rejeição foi declarada por não haver obtido o voto de dois terços do número total de 479 deputados federais, ou seja, por não haver obtido 320 votos.

Caso houvesse sido declarada aprovada pela Câmara dos Deputados deveria passar a ser votada, ainda em primeiro turno, pelo Senado.

Se aprovada pelo Senado, deveria voltar a ser votada, em segundo turno, pela Câmara dos Deputados, e sendo nela novamente aprovada, voltar, por fim, a ser votada pelo Senado.

Declarada sua rejeição pela Câmara dos Deputados, em primeiro turno, encerrou-se definitivamente a tramitação da proposta.

2. Em 27 de abril de 1984, sem solicitação ou sugestão de quem quer que fosse, escrevi um parecer afirmando que a proposta fora aprovada em primeiro turno pela Câmara dos Deputados, porque obtivera mais de dois terços dos votos, devendo, portanto, também em primeiro turno, passar à deliberação do Senado; uma vez que o art. 48 da Constituição Federal de 1967 exige para a aprovação da proposta de emenda constitucional "dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas"; e não "voto de dois terços" daqueles membros.

E havendo votado 363 deputados, a proposta obtivera 298 votos favoráveis, quando 242 seriam bastantes para sua aprovação.

3. Esse parecer, pelo grande interesse de que a matéria se revestia, foi divulgado pelo *Jornal do Commercio*, do Recife, em 28 de abril de 1984, havendo sido depois objeto de amplo noticiado em outros jornais, do Recife e do sul do país.

4. Passo a reproduzir apenas seu item inicial, para não alongar excessivamente a presente exposição:

> 1 — O artigo 48 da Constituição Federal, com o teor da Emenda nº 22, exige para aprovação das emendas constitucionais "dois terços dos membros de cada uma das Casas".
>
> "DOIS TERÇOS DOS VOTOS DOS MEMBROS DE CADA UMA DAS CASAS", e não "VOTOS DE DOIS TERÇOS DOS MEMBROS DE CADA UMA DAS CASAS".
>
> E "voto" não é o abstrato poder-dever de votar, impropriamente dito direito de votar ou de voto, mas cada concreto exercício desse poder-dever.
>
> "Voto" não existe, portanto, senão quando se exerce o poder-dever de votar; antes desse exercício existe o poder-dever de votar, mas não o voto.
>
> "Voto", em suma, é somente o ato de exercício do anterior poder-dever de votar.
>
> No artigo 48 da Constituição, "dois terços dos votos dos membros de cada uma das duas Casas" significa, assim, dois terços dos atos de individuado exercício do genérico poder-dever de votar.
>
> Podendo as maiorias ser calculadas ou relativamente ao número de componentes do colégio, ou relativamente ao número dos presentes (caso em que se computa o número de abstenções), ou relativamente ao número dos votos (caso em que não se computa o número de abstenções), o último dos três critérios foi o acolhido pelo artigo 48 da Constituição Brasileira (sobre esses três diferentes critérios, Ugo Gargiulo, "I collegi amministrativi", Jovene, Nápoles, 1952, págs. 227/228); diferentemente, por exemplo, do artigo 138 da Constituição Italiana, que requer sejam as revisões constitucionais "aprovadas pela maioria absoluta dos componentes de cada Câmara", optando, assim, pelo primeiro critério.
>
> O número sobre o qual incide o cálculo dos dois terços é, portanto, o dos votos, e não o de Deputados e o de Senadores.

> Em síntese: dois terços dos votos e não votos de dois terços.
>
> O que é, aliás, do sistema do direito público brasileiro, em que as maiorias eleitorais se apuram pelo número dos votos e não pelo número dos eleitores, e "salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Câmara serão tornadas por maioria de votos, presente a maioria de seus membros" (Constituição Federal, art. 31).
>
> Em consequência, a proposta de Emenda Constitucional Dante de Oliveira foi aprovada pela Câmara dos Deputados, uma vez que recebeu mais de dois terços dos votos, ou seja, 298 sobre 363, quando seriam bastantes 242.
>
> Falta, portanto, submeter a proposta à deliberação do Senado Federal.

5. Em 7 de novembro de 1984, julgando Mandado de Segurança impetrado por terceiros, com fundamento naquele parecer, contra a suposta rejeição da aludida proposta de emenda constitucional pela Câmara dos Deputados, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, decidiu, unanimemente, que a rejeição efetivamente se dera, porque o art. 48 da Constituição Federal de 1967 exigiria para a aprovação das emendas constitucionais o voto de dois terços do total dos membros de cada Casa do Congresso, e não apenas dois terços dos respectivos votos.

6. Ao redigir aquele parecer, supunha eu que estava sustentando pela primeira vez diante de uma Constituição brasileira o entendimento de que a maioria necessária para a aprovação das emendas constitucionais se deveria calcular sobre o número de votos ou de votantes, e não sobre o número de membros das Casas do Congresso, independentemente de haverem ou não votado.

Entretanto, no dia 7 de novembro de 1984, pouco antes do julgamento do Supremo (a que assisti), tomei conhecimento de acórdão anterior do próprio Supremo Tribunal Federal, versando o art. 90, Parágrafo 29 da Constituição de 1891, coincidente, no ponto, com o art. 48 da Constituição de 1967; acórdão anterior que foi proferido nas sessões de 27 e 29 de setembro e de 19 de outubro de 1926, e que julgou constitucional a Emenda de 3 de setembro de 1926 à Constituição de 1891, também aprovada por dois terços dos votos, e não pelo voto de dois terços dos membros do Congresso.

7. Serão em seguida transcritos, para o devido confronto, os textos do art. 48 da Constituição de 1967 e do art. 90, Parágrafo 29 da Constituição de 1891:

> Art. 48: Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada em sessão conjunta do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de cada uma das casas. (grifos meus)
>
> Art. 90, Parágrafo 29: Essa proposta dar-se-á por aprovada, se no ano seguinte o for, mediante três discussões, por maioria de dois terços dos votos nas duas Câmaras do Congresso. (grifos meus)

8. A ementa do acórdão proferido pelo Supremo em 1926 é a seguinte:

> Na tramitação parlamentar da Reforma Constitucional não foi violada cláusula alguma da Constituição da República.
>
> O quórum de aprovação das emendas à Constituição é de dois terços dos votos dos congressistas presentes. (*Revista Forense*, v. XLV/1, fasc. 277 e 282, p. 748, jul./dez. 1926)
>
> Havendo sido, inclusive, no aludido acórdão do Supremo em 1926, transcritas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, cuja Constituição, no correspondente art. V, não é inequívoca, como era a brasileira de 1891 (art. 90, Parágrafo 29) e é a de 1967 (art. 48), no sentido de que a maioria de dois terços, também ali prescrita, se calculava sobre o número de presentes, e não sobre o número de presentes e ausentes.
>
> Ponto que importa, uma vez que, como refere Afonso Arinos de Melo Franco aludindo à Constituição de 1891, "prevaleceu, na Constituinte republicana, o pensamento norte-americano" (*Direito constitucional*. Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 123. No mesmo sentido, Edmundo Lins, no voto que proferiu no referido acórdão de 1926, também aludindo à Constituição de 1891, afirma que a Constituição norte-americana "nos serviu de modelo": cit. *Revista Forense* de 1926, p. 803, item 69).

9. Em 11 de novembro de 1984 custeei uma publicação na *Folha de S.Paulo* (1º caderno, p. 6), sob o título "O Supremo e as diretas", em que analisei a decisão proferida pelo Supremo no dia 7 imediatamente anterior, inclusive comparando-a com a oposta decisão proferida pelo Supremo em 1926.

10. No dia seguinte, 12 de novembro de 1984, publicou o *Jornal do Brasil*, na seção "Informe JB", a seguinte nota:

> **Contra-ataque.** No julgamento do mandado de segurança dos pemedebistas Orestes Quércia, Severo Gomes e Ayrton Sandoval, todos de São Paulo, no STF, quando foi recusada por 8 a 0, a tese de que a Emenda Dante de Oliveira, das diretas-já, havia passado na Câmara e deveria voltar ao Congresso para ser votada no Senado, o PMDB fez tudo para perder.
>
> O próprio jurisconsulto pernambucano José Paulo Cavalcanti, contratado por Quércia para fazer o parecer do mandado e a sustentação oral da sua tese no STF, na hora do julgamento não pode fazê-lo. O PMDB não tinha mais interesse, e o advogado dos queixosos não substabeleceu procuração para Cavalcanti falar na mais alta Corte do País.
>
> Por isso, ontem, Cavalcanti publicou seu parecer como matéria-paga em alguns dos principais jornais. Ele, pelo menos, continua lutando pelas eleições diretas para a Presidência da República.

11. E na mesma seção "Informe JB", o *Jornal do Brasil*, em 13 de novembro de 1984, esclareceu, a meu pedido, que o parecer não me havia sido pedido por ninguém, e que eu, portanto, nada recebera por ele; que eu mesmo custeara minha ida e permanência em Brasília para assistir ao julgamento do dia 7; e concluía eu reafirmando que o Supremo errara ao decidir que a proposta de emenda que restabelecia as eleições diretas para presidente da República não havia sido aprovada pela Câmara dos Deputados.

12. No julgamento de 1926, que, pelo alto nível dos votos largamente vencedores, honra o Supremo Tribunal Federal (julgamento a que, entretanto, não foi feita referência alguma, em nenhum dos votos do julgamento de 1984), votaram no sentido de que a maioria de dois terços se calculava, no art. 90, Parágrafo 2º da Constituição de 1891, sobre o número de votos, e não sobre o número de membros das duas Casas do Congresso, os ministros Hermenegildo de Barros (relator), Godofredo Cunha, Heitor de Souza, Bento de Faria, Arthur Ribeiro, Edmundo Lins, Pedro dos Santos, Pedro Mibieli e Muniz Barreto; contra, no mesmo entendimento do acórdão de 1984, votaram os ministros Viveiros de Castro, Guimarães Natal e Leoni Ramos.

13. O voto do Ministro Arthur Ribeiro transcreve a opinião de Aurelino Leal sobre a matéria:

> **Quorum parlamentar** — Chama-se **quorum** o número de representantes necessário ao funcionamento de uma Câmara legislativa. No art. 18, a Constituição estabelece a regra geral de um duplo **quorum** para votações: a **presença** da maioria absoluta dos membros de cada uma das

> Câmaras e o **assentimento** da maioria absoluta destes. Nas votações, a maioria absoluta dos presentes é contada dentro da maioria absoluta dos membros da Câmara.
>
> Mas a própria Constituição prescreveu exceções à regra do art. 18. Estas exceções são as que se contêm nos arts. 33, §2º, sempre que o Senado funcionar como tribunal de justiça; 37, §7º, discussão no Senado e na Câmara do veto presidencial aos projetos de lei 29, §1º, projetos de uma Câmara emendados na outra e art. 90, §§1º e 2º **sobre revisão constitucional. Em todos estes casos, a deliberação depende do voto de dois terços dos parlamentares presentes (Theoria e pratica da Const. Federal, vol. 1, pág. 252)"**. (cit. *Revista Forense* de 1926, p. 790. Grifos do original)

14. Por sua vez o voto do ministro Edmundo Lins transcreve a respeito a opinião de Carlos Maximiliano:

> Para a assinatura da proposta, o texto exige a quarta parte dos "membros" de uma Câmara; para a votação, em um e outro ano, reclama dois terços dos "votos". Logo, no último caso, refere-se o art. 90 a dois terços dos "presentes", havendo número suficiente para deliberar (a metade mais um), e não a dois terços dos "membros". Vigora disposição semelhante nos Estados Unidos, até menos explícita ainda; e ali se entende ser suficiente o voto de dois terços dos "presentes", e, não, de toda a Câmara (Willoughby — The constitutional law of the United States 1910, v. I, p. 520. A nota 2 refere que a primeira emenda à Constituição norte-americana foi aprovada por 37 votos na Câmara composta de 65 membros, isto é, por menos de dois terços do total) (*Comentários à Constituição brasileira*, p. 878 da edição de 1808 e p. 706 da edição de 1922). (cit. *Revista Forense* de 1926, p. 801)

15. E o voto do ministro Godofredo Cunha transcreve o que relativamente à matéria escreveu João Mangabeira, que reproduz, inclusive, as já aludidas decisões da Suprema Corte norte-americana:

> Não pode haver, seriamente, dúvida a tal respeito, uma vez que se atente nos termos do artigo 90, que estabelece três fases para a reforma: a da proposta que deve ser "apresentada por uma quarta parte, pelo menos, dos membros de qualquer das Câmaras"; 2º a da aceitação

"por dois terços dos votos em uma e outra Câmara"; 3º a da aprovação também "por dois terços dos votos nas duas Câmaras".

Em resumo, a constituição estabeleceu duas situações diferentes. Exigiu para a apresentação uma quarta parte dos membros ou 53 deputados ou 16 senadores.

Para a aceitação e aprovação não reclamou, porém, dois terços dos membros, e sim "dois terços dos votos", que é coisa muito diversa. Porque, desde quando não se vota no Congresso por procuração, voto é a manifestação da vontade do deputado ou senador, presente à sessão. Logo, dois terços dos votos são dois terços dos presentes. Mas, se consultarmos o elemento histórico, esta verdade ainda mais evidente se tornaria.

O projeto de constituição apresentado pela comissão dos cinco estabelecia, no art. 117, que a reforma deveria ser apresentada "por um terço do número de deputados e senadores" e exigia que a aprovação também se efetuasse "por dois terços do número de deputados e senadores". Isto é, o projeto da comissão exigia dois terços da totalidade. Ruy Barbosa, porém, considerou exagerada esta exigência. E no art. 85, do projeto do Governo provisório, determinou que, em vez de um terço do número de deputados ou senadores, bastaria uma quarta parte para apresentar a reforma; e em vez de dois terços do número de deputados ou senadores seriam suficientes dois terços dos votos para aceitação da reforma e três quartos dos votos para a sua aprovação.

Evidente, nestas alterações, o intuito de facilitar a reforma reduzindo-se o número requerido para que ela seja levada a termo, porque manifesto que ainda três quartos dos votos é menos que dois terços dos membros que compõem as Câmaras. Mas o Congresso Constituinte achou excessivo o rigor, e baixou também de três quartos para dois terços dos votos o número exigido para aprovação da reforma.

Entre nós, Carlos Maximiliano opina que o art. 90 se refere "a dois terços dos presentes e não a dois terços dos membros". *Comentários à Constituição*, 2. ed., p. 760. Barbalho, porém, claudicando neste ponto como em muitos outros, sustenta que são dois terços da totalidade, porque a Constituição no art. 33, §2º e no 39, §1º emprega, respectivamente, os termos "dois terços dos membros presentes" e "dois terços dos votos dos membros presentes".

Mas esta razão não tem razão nenhuma. Porque nem ao menos atinou Barbalho que, uma vez empregada a palavra membros, a Constituição deveria restringi-la com presentes, se não queria exigir a totalidade.

Bem verdade que no art. 37, §39 a Constituição usa da expressão "sufrágios presentes". É evidentemente um pleonasmo desnecessário, que vicia a forma de nossa Carta, porque não há por ela sufrágios ausentes. Mas o art. 59 da Constituição americana também requer, para aceitação de emenda constitucional pelo Congresso, a fim de ser submetida à aprovação dos Estados, dois terços de ambas as Casas, "two thirds of both House". E como se tem entendido ali esses dois terços de ambas as Casas?

Note-se bem: lá os termos são mais vagos. Dois terços de ambas as Câmaras é uma forma que se presta muito mais, do que dois terços dos votos, à interpretação de que são dois terços da totalidade.

Pois bem, nos Estados Unidos se tem sempre entendido que dois terços de ambas as Câmaras são dois terços dos presentes. É o que nos ensina Willoughby no v. 1º, p. 520 do seu tratado *On the Constitution*, quando nos diz: "para proposição de emendas tem-se sustentado que bastam unicamente dois terços dos presentes de cada Casa do Congresso, e não dois terços da totalidade de seus membros".

E na nota correspondente informa que Reed, quando presidente da Câmara, diante de uma dúvida levantada a tal respeito, respondeu nestes termos: "A questão tem sido tantas vezes decidida que parece desnecessário nela insistir. A Constituição diz: dois terços de uma Câmara. Que constitui uma Câmara? Um **quorum** dos seus membros, uma maioria, metade e mais um. Isto é o que é necessário para que uma Câmara fique apta a resolver todos os negócios a ela submetidos. Entre eles está a votação de um veto, a proposta a uma emenda à Constituição e a prática uniforme em ambas as Casas, é que, se um **quorum** está presente, a Câmara está constituída e dois terços dos votantes bastam para cumprir a função. O primeiro Congresso tinha 65 membros, e a primeira emenda foi votada por 37, obviamente menos de dois terços da totalidade".

Não há, nos Estados Unidos, em matéria de prática parlamentar, uma autoridade igual a Asher Hinds. A ele deu a Câmara, pela resolução de 12 de julho de 1909, o encargo de organizar o Digesto da Prática Parlamentar relativo à Constituição, ao Manual de Jefferson e ao regimento da Câmara para o 659 Congresso. Que nos diz ele, à página 83, §224?

"O voto requerido para uma resolução conjunta, propondo ao Estado uma emenda à Constituição, é **dois terços dos votantes, presente um quorum**, e não dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara".

Mas, esta questão, até 1919, nunca fora levada à Suprema Corte; até que naquele ano, decidindo a causa "Missouri Pacific Railway" versus "Kansas", sentenciou aquele tribunal, a propósito da rejeição de veto, que "dois terços de uma Câmara significa dois terços dos presentes, se houver um **quorum**" (Young — *The new American governament*, ed. de 1925, p. 124). Mas não tardava que a Suprema Corte se houvesse de pronunciar em várias ações sobre a inconstitucionalidade da emenda 18, que, além de outros motivos, fora aprovada por dois terços dos presentes e não da totalidade. São sete feitos, ali agrupados, sob a denominação de "National Prohibition Cases", em dois dos quais tinha a Suprema Corte jurisdição originária, porque partes os Estados de Rhode Island e New Jersey. E como decidiu a Suprema Corte? Young, a p. 243 do livro referido, assim responde: "A Suprema Corte resolveu que a questão se decidira em 'Missouri Pacific' versus 'Kansas', em 1919; **dois terços de uma Câmara são dois terços dos membros presentes, se houver um quorum**".

Burdick, no seu livro — *The law of the American Constitution*, p. 37, in fine, e 38, examinando a suposta inconstitucionalidade da emenda 18, por este modo opina: "Segue-se portanto que dois terços de ambas as Câmaras, quando usado em relação a emendas, significa dois terços de um **quorum**. Esta opinião foi várias vezes tomada pelas Câmaras e por fim declarada correta nos 'National Prohibition Cases', isto é, pela Suprema Corte. Consultemos, para terminar, o livro de Judson, *Our federal republic*, editado no ano findo. Pergunta exatamente aquele professor presidente da Universidade de Chicago se os dois terços de ambas as Câmaras de que fala o art. 59 da Constituição quando trata de emendas constitucionais: "são dois terços da totalidade ou dois terços dos presentes, havendo **quorum**".

E eis como nos responde, à p. 125:

"Esta questão parece ter sido levantada pela primeira vez na discussão da emenda 12. Sustentavam os federalistas impugnando a emenda, que a primeira hipótese era a única admissível. Replicaram-lhes que algumas das mais importantes das dez primeiras emendas foram aprovadas de acordo com a segunda hipótese. A questão foi novamente levantada no senado em 1861, decidindo-se pela segunda hipótese. A questão foi por fim levada à Suprema Côorte nos 'National Prohibition Cases'. A conclusão da Suprema Corte neste ponto foi: **'Os dois terços exigidos para uma emenda é um voto de dois terços dos membros presentes — desde que exista quorum — e não um voto da totalidade dos membros ausentes e presentes'**".

> E conclui Judson: "a questão portanto não parece mais aberta à discussão".
>
> Ao grande constitucionalista, diante dos precedentes e das decisões da Suprema Corte recusando julgar inconstitucional a emenda 18, porque aprovada por dois terços dos presentes, parecia estar a discussão do assunto encerrada nos Estados Unidos. Parece-nos, diante de tudo isto, que também, entre nós, ela não poderá seriamente continuar. (cit. *Revista Forense*, p. 763-765)

16. Por sua vez, disse Francisco Campos, também mencionando aqueles julgados da Suprema Corte norte-americana, em discurso proferido na Câmara de Deputados, na tramitação da Emenda de 1926, posteriormente incluído no *Direito constitucional*, publicado em 1956:

> Além disso, Sr. Presidente, é uma regra de interpretação de que nos dá notícia Cooley, no seu livro sobre as limitações constitucionais, que, quando a Constituição prescreve um número maior de votos do que o ordinário para passagem de uma categoria especial de projetos, a menos que se refira expressamente ou em termos inequívocos à totalidade dos membros da Casa, deve sempre interpretar-se que a exigência constitucional cogita apenas dos membros presentes, desde que esteja verificado o **quorum**.
>
> Assim tem entendido o Congresso americano cláusula idêntica da Constituição dos Estados Unidos. E sobre essa interpretação, sancionando-a com a sua autoridade, já se manifestou a Suprema Corte Americana, em dois casos, e muito recentemente. Em um deles, discutia-se a cláusula da Constituição relativa ao número de votos necessários para rejeição do veto do Presidente — dois terços de cada Casa — a Suprema Corte interpretou que era de **dois terços dos membros presentes**, desde que verificado o **quorum**.
>
> O outro caso — este, sensacional — referia-se exatamente à 18ª emenda da Constituição americana, proibindo a produção e o tráfico de bebidas alcoólicas. A Suprema Corte, ainda neste passo, entendeu que a interpretação dada pelo Congresso era perfeitamente legítima e que, toda vez que a Constituição não se referisse à totalidade dos membros ou usasse de expressões equivalentes, sempre se deveria entender que era aos membros presentes que ela se referia. (Reforma constitucional de 1926. In: *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. II, p. 374-375. Grifos do original)

17. No item 1. do parecer, transcrito no item 4. da presente exposição, foi dito que "voto" é a concreta ação de votar, e não o necessariamente anterior e estático poder-dever de votar; ponto fundamental para a definição da matéria que aqui se examina, ou seja, para definir o que significa "votos" ou "dois terços dos votos" no art. 48 da Constituição de 1967.

Sobre essa questão decisiva, eis o que no mesmo óbvio entendimento do parecer haviam dito vários ministros do Supremo, na decisão de 1926:

> Em todas as leis, constitucionais ou ordinárias, em todos os regulamentos ou regimentos — de corporação legislativa, de tribunais administrativos ou judiciários e de assembleias ou associações de qualquer natureza, o vocábulo votos tem a significação invariável de manifestação e expressão da vontade do titular da função colegial respectiva, presente à deliberação.
>
> Não se pode usar desse vocábulo em se tratando de assembleias legislativas, em que a representação é essencialmente pessoal e não pode ser exercida por procuratura, sem desde logo designar-lhe aquele significado.
>
> Daí decorre como consectário lógico e inevitável que a locução "dois terços de votos" é equivalente a est'outra "dois terços dos presentes" (voto do Ministro Heitor de Souza; cit. Revista Forense de 1926, p. 778).
>
> Por — voto — se entende o ato que só em assembleia pode ser praticado pelos presentes a ela. (voto do ministro Bento de Faria; cit. *Revista Forense* de 1926, p. 789).
>
> Os votos dados na sessão são, como é evidente, os votos dos que se acham presentes, porque os ausentes não votam, e é presunção jurídica, em matéria de direito parlamentar, que os presentes representam os ausentes. (voto do ministro Arthur Ribeiro, transcrevendo texto do senador Adolpho Gordo; cit. *Revista Forense* de 1926, p. 792).
>
> Extenso é o vocabulário de que os juristas dispõem e de que com frequência se utilizam para indicar a lei em que se assenta o edifício político da Nação.
>
> Entretanto, sempre se tem entendido que — **dois terços de votos** — ou **maioria absoluta de votos**, são expressões que designam o quorum calculado entre os **presentes**.
>
> Membro da Câmara é o Senador em qualquer parte onde esteja.
>
> As suas imunidades o acompanham no mais longínquo trecho do País.
>
> Voto, porém, ele só possui em sessão, discutindo, deliberando. (voto do ministro Pedro dos Santos; cit. Revista Forense de 1926, p. 809)

Por sua vez, disse João Mangabeira, nos segundo e terceiro parágrafos do parecer transcrito no item 15:

> Em resumo, a constituição estabeleceu duas situações diferentes. Exigiu para a apresentação uma quarta parte dos membros ou 53 deputados ou 16 senadores.
>
> Para a aceitação e aprovação não reclamou, porém, dois terços dos membros, e sim "dois terços dos votos", que é coisa muito diversa. Porque, desde quando não se vota no Congresso por procuração, voto é a manifestação da vontade do deputado ou senador, presente à sessão. Logo, dois terços dos votos são dois terços dos presentes. (cit. *Revista Forense* de 1926, p. 763)

18. Somente em março de 1988 vim a tomar conhecimento da publicação do acórdão com que o Supremo Tribunal Federal, em 7 de novembro de 1984, denegou o mandado de segurança fundado no meu aludido parecer:

> Emenda Constitucional. Emenda "Dante de Oliveira".
>
> **Quorum** de aprovação. Art. 48 da Constituição Federal, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 22, de junho de 1982.
>
> O **quorum** para aprovação de emenda constitucional é, segundo o art. 48 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 22/82, o de dois terços de votos do total de membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional, e não o de dois terços dos membros de cada uma das Casas presentes, à sessão.
>
> Aliás, é da tradição do nosso Direito Constitucional ser o **quorum** adotado para a aprovação de emenda constitucional tomado sempre levando-se em conta o total de Deputados e Senadores, em conjunto ou separadamente, por maioria ou por dois terços, mas sempre com referência ao total existente, e não dos presentes.
>
> Rejeição da Emenda por não ter sido atingido o **quorum** necessário a sua aprovação.
>
> Alterações constitucionais a respeito e manifestações da Doutrina. (na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 116, p. 47)

19. Conjuntamente, foram publicados seis entre os oito votos proferidos no julgamento, que passarão a ser examinados, uma vez que deles constam mais detidamente os fundamentos do acórdão.

Nenhum argumento constante de cada um desses votos deixará de ser examinado a seguir, decorrendo a maior ou menor extensão da análise de cada voto unicamente do número e natureza das suas alegações.

Todos os votos, como se verá, partem da suposição de que o critério de maioria de votos é inadmissível para as emendas constitucionais; e, firmados nessa posição preestabelecida, concluem que a maioria de votos não podia ter sido acolhida pelo art. 48 da Constituição de 1967.

Em suma, não interpretam o art. 48 como É, mas como pensam que **TERIA DE SER**.

20. Para denegar a segurança, o voto do ministro Aldir Passarinho, relator, inicialmente alegou que o entendimento segundo o qual fossem bastantes dois terços dos votos para a aprovação da emenda "levaria ao paradoxo" de que "teríamos que aceitar que poderia haver aprovação de uma emenda constitucional com número inferior ao exigido para a simples apresentação da proposta"; uma vez que para a apresentação da proposta o art. 47, Parágrafo 39 da Constituição exige um terço dos membros da Câmara dos Deputados e um terço dos membros do Senado Federal:

> ... e, deste modo, se fosse necessária apenas maioria dos presentes para aprová-la, bastaria encontrar-se na sessão a metade com mais um ou uns poucos mais, e então que os dois terços dos presentes poderiam representar número menor que o correspondente a um terço do total de parlamentares de cada Casa do Congresso, sendo suficiente para isso que houvesse algumas poucas abstenções. (cit. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, p. 60)

21. O argumento esquece que o número para a apresentação da proposta de emenda não poderia ser exigido senão com base no número dos deputados e dos senadores, nunca com base no número dos seus votos, que só depois da apresentação da proposta serão proferidos; e a fixação de um número de membros para a apresentação da proposta (nessa hipótese, o único número possível), não obriga, como é evidente, a que o mesmo critério de número de membros, e não o critério de número de votos, seja exigido para a aprovação da emenda.

22. Além disso, para que o número exigido para a apresentação da proposta fosse superior à maioria exigida para a sua aprovação seria necessário, como ressalva o ministro Aldir Passarinho, que houvesse "algumas poucas abstenções".

Esse argumento fundado em uma hipótese específica convenientemente trabalhada para apoiá-lo é certamente imprestável para a interpretação de uma norma jurídica:

> O direito positivo, na verdade, não pode proceder senão por preceitos e disposições de caráter geral, pois que não pode observar cada caso individualmente e as circunstâncias particulares de cada relação de fato; regula o que sucede normal e geralmente (**id quod pleFungue acciditi**) e, baseando-se na média dos casos que sucedem mais frequente e vulgarmente, formula por abstração e quase como uma operação estatística a norma fixa e universal à qual todos os casos que se verifiquem de futuro devem obedecer. (Ruggiero. *Instituições de direito civil*, tradução brasileira. São Paulo: Saraiva, 1935. v. i, §69, p. 35)

23. Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal, como já exposto, que na Constituição de 1891 as emendas se aprovavam quando recebessem dois terços dos votos (art. 90, Parágrafo 29), não obstante fosse exigido para a aprovação da proposta "uma quarta parte, pelo menos, dos membros de qualquer das Câmaras do Congresso Nacional" (art. 90, Parágrafo 19), o que em determinados casos concretos poderia levar à mesma consequência que o ministro Aldir Passarinho afirmou inadmissível.

E ao invés do "paradoxo" que segundo o ministro Aldir Passarinho existiria entre a regra do art. 47, Parágrafo 39 da Constituição de 1967 e a regra do seu art. 48 (com o sentido que lhe atribui o parecer), os votos dos ministro Bento de Faria e Arthur Ribeiro, no julgamento de 1926, expressamente aludiram ao fato de que a referência do Parágrafo 19 da Constituição de 1891 a "uma quarta parte, pelo menos, dos membros" e a referência do Parágrafo 29 a "dois terços dos votos", impõe concluir que nos dois parágrafos a Constituição de 1891 inequivocamente exprimia ideias diferentes: "uma quarta parte, pelo menos, dos membros", no Parágrafo 19, "dois terços dos votos", no Parágrafo 29 (cit. *Revista Forense* de 1926, p. 789 e 993).

No mesmo sentido, versando os aludidos Parágrafos 19 e 29 do art. 90 da Constituição de 1891, disse João Mangabeira, em trecho já transcrito no item 17.:

> Em resumo, a constituição estabeleceu duas situações diferentes. Exigiu para a apresentação uma quarta parte dos membros ou 53 deputados ou 16 senadores.

> Para a aceitação e aprovação não reclamou, porém, dois terços dos membros, e sim "dois terços dos votos", que é coisa muito diversa. Porque, desde quando não se vota no Congresso por procuração, voto é a manifestação da vontade do deputado ou senador, presente à sessão. Logo, dois terços dos votos são dois terços dos presentes. (cit. *Revista Forense* de 1926, p. 763)

24. Nem importa, por outro lado, o fato, invocado peio ministro Aldir Passarinho, de que a doutrina houvesse sempre entendido o art. 48 como se exigisse o voto de dois terços dos membros de cada Casa do Congresso, e não simplesmente "dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas", como nele está declarado (cit. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, p. 56-58).

Porque, como observa Emilio Valsecchi, "frequentemente acontece que proposições não aprofundadas, que davam por resolvidas questões fundamentais, continuaram a ser passivamente recebidas pela doutrina" (*Giucco e scomessa*. Transazione. Milão: Giuffrè, 1954. p. 4).

25. No presente caso concreto, a desatenção e automatismo com que os autores invocados pelo ministro Aldir Passarinho se repetem versando o art. 48 da Constituição de 1967 são evidenciados pelo fato de que nenhum deles sequer refere o oposto entendimento de importante doutrina anterior (Aurelino Leal, Carlos Maximiliano, João Mangabeira e Francisco Campos), concorde em que a maioria é de dois terços dos votos, e não do voto de dois terços, versando a regra do art. 90, Parágrafo 29 da Constituição de 1891, idêntica à regra do art. 48 da Constituição de 1967 (itens 12. até 16., acima); entendimento que foi acolhido pelo Supremo, julgando a Emenda de 1926 (item 8., acima).

Nessa desinformação de qualificada doutrina em contrário incorrem, menos culposamente, os ministros do Supremo no julgamento de 1984; que, porém, mais culposamente, ignoraram a decisão do próprio Supremo em 1926, como já referido no item 12.

E aquela desatenção dos autores invocados pelo ministro Aldir Passarinho é também evidenciada pelo fato de que todos eles referem o art. 48 da Constituição de 1967 como se exigisse o voto de dois terços dos membros, quando peremptoriamente exige dois terços dos votos; sem absolutamente nada nenhum deles dizer para explicar a alteração que, assim, introduziram na regra constitucional, alteração de que, como se conclui do seu silêncio, nem sequer se advertem.

O primeiro, por desatenção, afirmou o que não estava na regra; os demais foram sucessiva e mecanicamente repetindo o mesmo erro.

26. Segundo o Ministro Francisco Rezek,

> O constituinte, ao referir-se aos membros de cada uma das casas do Congresso e aos membros do parlamento como um todo, está, no uso da expressão "membros", tomando como ponto de referência o contingente total. Destarte, os membros da Câmara dos Deputados são 479. Este é um número constitucionalmente fixo, que não varia ao sabor dos índices de frequência. (cit. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, p. 62)

26.1. Nada a objetar a essa alegação.

27. O mesmo não sucede, porém, com o texto imediatamente seguinte do voto do ministro Francisco Rezek:

> Refere-se, pois, o artigo 48, pertinente à emenda constitucional, a dois terços do total de membros da Câmara dos Deputados, sendo inadmissível a tese que faz pensar em dois terços da comunidade parlamentar presente na Casa em certo dia e hora.
>
> Uma vez que o art. 48 não menciona "dois terços do total de membros" mas "dois terços dos votos dos membros"; e número de votos não é igual a número de membros.

28. Iniciando seu voto, afirmou o Ministro Oscar Corrêa que "a tradição imemorial do Congresso, em matéria de votação de Emendas Constitucionais", "sempre foi o de 2/3 ou maioria absoluta dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional. Vale dizer, dois terços ou maioria absoluta de número total dos membros. Esta é realidade que não pode ser desprezada" (cit. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, p. 63).

O que não é exato, uma vez que a Constituição de 1891 cujo art. 90, Parágrafo 29, relativo à maioria necessária para a aprovação das emendas constitucionais, é idêntico ao art. 48 da Constituição de 1967, foi emendada em 1926 pelo voto de 2/3 dos presentes, e não pelo voto de 2/3 do número de congressistas; e essa emenda foi declarada válida pelo Supremo Tribunal Federal, através do acórdão referido no item 8., acima.

29. Adiante, alega o ministro Oscar Corrêa:

> Assim, a prevalecerem os argumentos dos impetrantes, se presentes àquela sessão de votação 240 deputados e 35 senadores, houvessem

> votado sim 160 deputados, estaria aprovada a Emenda. E se passaria ao senado, bastando 24 senadores.
>
> Mais ainda: se se abstivessem 20 deputados, por exemplo, bastariam 148, na Câmara; e se se abstivessem 5 senadores, bastariam 20 senadores. E quanto maior o número de abstenções, menor o **quorum** de aprovação.
>
> Convenhamos que esse apregoado critério é o reinado do descritério; que coloca a modificação substancial da própria Constituição na dependência de um dado variável, incerto, e subordinado a inexpressiva votação, menos expressiva do que a do veto governamental o da votação de leis complementares e equivalente à das leis ordinárias. (cit. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, p. 63-64)

30. Além do vício de apoiar-se em uma hipótese particular para esse fim especificamente imaginada (reduzido índice de comparecimento, acompanhado de abstenções: acima, item 22.), o argumento importaria a radical proscrição do critério de apuração das maiorias pelo número de votos, que tem em conta os que comparecem e votam, e não tem em conta os que se omitem, não comparecendo, ou comparecendo e não votando.

Critério que foi seguido também pela Constituição de 1891, como assentou o Supremo em 1926; que é o critério da Constituição norte-americana, conforme exposto nos itens 6. até 16., acima; que foi acolhido como princípio geral pelo art. 31 da Constituição de 1967, e pelo seu art. 50 para as leis complementares; e que, quando a constituição exige uma maioria qualificada, é o critério que se presume, como regra de interpretação:

> Além disso, Sr. Presidente, é uma regra de interpretação de que nos dá notícia Cooley, no seu livro sobre as limitações constitucionais, que, quando a Constituição prescreve um número maior de votos do que o ordinário para passagem de uma categoria especial de projetos, a menos que se refira expressamente ou em termos inequívocos à totalidade dos membros da Casa, deve sempre interpretar-se que a exigência constitucional cogita apenas dos membros presentes, desde que esteja verificado o **quorum.** (Francisco Campos, parte inicial da transcrição constante do item 16., acima)

30.1. A respeito, disse Hermenegildo de Barros, como relator do acórdão do Supremo proferido em 1926:

> O legislador teria talvez presumido que, justamente por se tratar de questão importante, todos os congressistas cumpririam o dever de não faltar às sessões e desta forma seriam suficientes os dois terços dos presentes, número já superior ao da maioria, que, em regra, se exige para a deliberação nos corpos coletivos.
>
> Do não comparecimento dos membros do Congresso às sessões da respectiva Câmara, não se conclui absolutamente que eles votariam contra a Reforma, se estivessem presentes.
>
> O que se poderia concluir é que eles seriam indiferentes à aceitação ou rejeição da proposta da Reforma Constitucional. (cit. *Revista Forense de 1926*, p. 754)

30.2. E disse o ministro Godofredo Cunha, votando no mesmo julgamento:

> ... não é razoável que os que intervêm com diligência nas sessões sejam condenados à inação pela indolência dos outros. (cit. *Revista Forense* de 1926, p. 768)

31. Na verdade o critério da maioria de votos é, em direito público, o único coerente com a própria natureza do **poder** (expressão que, em sentido amplo, designa todas as posições ou situações jurídicas ativas) que decorre para o sujeito ativo da titularidade das funções públicas, em que se inclui a atividade parlamentar.

Uma vez que das funções públicas não decorrem para o sujeito ativo **direitos**, cujo exercício é livre; decorrem **poderes-deveres**, cujo exercício, verificada a correspondente situação de fato, é imperativo (a respeito, meus *Observações sobre o Projeto de Código Civil*, Ordem dos Advogados de Pernambuco, Recife, 1968, p. 6-9, e *Direito civil*. Escritos diversos, Forense, Rio, 1983, p. 602-603, nota 37); em consequência, quando o sujeito ativo se omita, faltando a esse fundamental dever de exercício, não pode ter o contraditório poder de, com o descumprimento daquele dever de exercício, causar a ineficácia do seu cumprimento por outros sujeitos ativos.

32. Quanto ao fato de que o art. 59, Parágrafo 39 da Constituição de 1967 exige o voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas para a rejeição do veto presidencial, o evidente ranço autoritário dessa regra não poderia autorizar o ministro Oscar Corrêa a violar a clara e inequívoca regra do art. 48, inteiramente distinta da regra do art. 59, Parágrafo 39.

33. E o contrassenso da regra autocrática do art. 59, Parágrafo 39, persistiria ainda se a maioria nele exigida fosse igualada, como pretendeu o ministro Oscar Corrêa, à maioria do art. 48; dado que racionalmente, em um regime de constituição rígida, como é o brasileiro, a maioria necessária para a emenda constitucional teria de ser superior à exigida para a rejeição do veto.

33.1. Mas a igualar as duas maiorias, cumpria ao ministro Oscar Corrêa ajustar a regra evidentemente menos importante do art. 59, Parágrafo 39, à regra evidentemente mais importante do art. 48, ao invés de, como fez, violar a regra do art. 48, para ajustá-la à regra do art. 59, Parágrafo 39; ou seja, sendo sem dúvida pravalente a regra do art. 48, a maioria de dois terços dos votos, nela prevista, deveria também reger a hipótese de rejeição do veto.

Pois é esse o princípio que informa a chamada **interpretatio abrogans**: quando duas regras são inconciliáveis, deve resultar da interpretação a abrogação ou derrogação da regra secundária, deixando-se intacta a regra principal (Ferrara. *Trattato*, v. 1 e único. Roma: El Athenaeum, 1921, nº 48, p. 222-223).

34. Não é exato que, como afirmou o ministro Oscar Corrêa, a maioria exigida para a aprovação das leis complementares fosse superior à de "dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas", exigida pelo art. 48 da Constituição de 1967; porque seu art. 50 exige para a aprovação das leis complementares "maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso".

Pois "maioria absoluta dos votos" é apenas mais da metade deles (abaixo, itens 55. e 56.), menos, portanto, do que os dois terços de votos exigidos para as emendas constitucionais pelo art. 48.

35. Pela mesma razão, mais uma vez equivocou-se o ministro Oscar Corrêa quando no trecho do seu voto transcrito no item 29., acima, afirmou que os dois terços de votos exigidos pelo art. 48 da Constituição de 1967 fossem equivalentes à "maioria de votos" exigida para as leis ordinárias pelo art. 31 da mesma Constituição.

36. Depois de referir que "nosso regime constitucional é o de rigidez da Constituição", conclui o ministro Rafael Mayer:

> É por isso que entendo que esse princípio da rigidez constitucional, segundo a tradição do direito brasileiro, — que não se deve desprezar na interpretação — mesmo que as Constituições sejam autônomas, porque as Constituições refletem uma afirmação política do povo, aqui

> ou ali, ontem ou hoje, — entendo que só essa interpretação sistemática e finalística é condizente com o texto constitucional. (cit. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, p. 65)

37. Entretanto, essa interpretação, inspirada pelo princípio de rigidez, segundo a qual o art. 48 exigiria o voto de dois terços dos membros, não pode ser a só "condizente com o texto constitucional" do art. 48, porque ao contrário, colide frontalmente com aquele texto, que ao invés de falar em "voto de dois terços", fala desenganadamente em "dois terços dos votos".

38. A propósito do princípio de rigidez e da ilusória tutela da intangibilidade das constituições, que com ele se pretende assegurar, escreveu Pontes de Miranda:

> Há leis que se creem eternas. E Constituições já se viram que nem sequer cogitaram do modo pelo qual se haviam de emendar, ou haviam de ser revistas. Tinham por imperecíveis aos seus princípios e a si mesmas. Ora, Constituição que se impõe ao tempo e esse não lhe consegue corroer os textos, ou alterá-los em discussão normal, é Constituição que só deixa ao povo, ou às gerações que nela não veem solução para os seus destinos, o recurso da revolução. A experiência histórica mostra-nos que as Constituições valem bem pouco. Quem quer que lhes siga a vida tem a impressão de que elas começam a morrer no dia em que se fazem. Votadas a longa duração, duram menos que certas leis facilmente revogáveis. Pense-se no estranho destino das Ordenações Filipinas, que viram os reis passarem, que foram revogadas em Portugal e continuavam vigentes no Brasil, durante os tempos pré-imperiais e imperiais e, na República, mais de um quartel de século. No entanto, as Constituições, a despeito da sua ênfase, passavam. O Código Civil viu passarem quatro. (*Comentários à Constituição de 1967*. Editora Revista dos Tribunais, 1967. t. III, p. 142).

Análoga é a observação de Jacques Godechot:

> A França é sem dúvida o país que conheceu o maior número de constituições: quinze constituições em cento e oitenta anos, ou seja, em média, uma em cada doze anos. Entretanto, cada uma dessas constituições foi redigida, senão para a eternidade, pelo menos para um período que se esperava muito longo e os legisladores se aplicaram em cuidar-lhes

> tanto a forma quanto o fundo. (*Les Constitutions de la France depuis 1789*. Paris: Flammarion, 1979. p. 5).

Que, adiante, acrescenta, a respeito da Constituição francesa de 1791:

> Enfim o título VII e último enumera as condições necessárias para que a Constituição possa ser revista. Ela torna essas condições muito difíceis de reunir, praticamente a Constituição não pode ser revista antes de dez anos: de fato, foi aplicada durante menos de um ano! (cit. *Les Constituitons de la France depuis 1789*, p. 31).

E a Constituição francesa de 1793, imediatamente seguinte, parecendo ter em conta essa recente experiência, simplificava o processo de emenda (arts. 115 e 117) e dizia no art. 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que a precedia:

> Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras. (*Les Constitutions de la France*. Paris: Dalloz, 1983. p. 46).

39. Nem se deve esquecer que a rigidez é um princípio substancialmente neutro: tão estimável, quando se trate de uma constituição ou de uma regra constitucional justa, quanto odioso, quando se trate de uma constituição ou de uma regra constitucional iníqua.

40. Por outro lado, cumpre ter em consideração que tornando-se as constituições progressivamente mais extensas, com a recepção de matérias substancialmente não constitucionais das mais diversas naturezas, a rigidez tem servido para dificultar a modificação dessas regras não constitucionais inseridas nas constituições, com os danos para a evolução natural do ordenamento ordinário, que daí resulta:

> Com efeito, as cartas constitucionais, e em especial aquelas longas, tornaram-se, e tendem a se tornarem sempre mais, formas através das quais se procura também indiretamente efetivar certos objetivos políticos que, em outros tempos, deixava-se fossem livremente discutidos e resolvidos pelo Parlamento no exercício de sua normal atividade legislativa. Uma tal evolução do sistema não fez senão

> aumentar a importância da função tendente a garantir uma contínua correspondência entre ordenamento constitucional e realidade social. Uma defasagem entre esses dois elementos importaria, especialmente no regime de constituição rígida, uma perigosa crise interna resultante da inocorrente adequação do ordenamento constitucional às efetivas exigências da comunidade. Resulta claro, portanto, que o problema das inovações constitucionais tornou-se não somente sempre mais importante, mas também mais complexo com o alongar-se e enrijecer-se das constituições (Giuseppe Contini. *La revisione costituzionale in Itália*. Reestampa inalterada. Milão: Giuffrè, 1984. p. 3).

Entretanto, pela inversa, ampla disciplina substancialmente constitucional, obviamente porque não incluída em áreas disputadas, permanece fora das constituições em sentido formal:

> A constituição não cobre a inteira matéria constitucional conceitualmente considerada. (Giuseppe Contini, op. cit., p. 13).
>
> Deve-se, portanto, admitir que o âmbito constitucional material ou substancial é notavelmente mais vasto do que aquele diretamente regulado pelas leis constitucionais. (Cereti. *Corso di diritto costituzionale italiano*. 2. ed. Turim: G. Giappichelti Editore, 1949. p. 250).

41. Nem a rigidez constitucional tem, historicamente, impedido sua burla, mediante as emendas ou revisões tácita ou indiretamente efetuadas pela jurisprudência, pela legislação ordinária, pelo desuso (item 43.), pelos regulamentos e praxes parlamentares (*v.g.*, Biscaretti di Ruffia. *Diritto costituzionale (lo Stato democratico moderno)*. 2. ed. Nápoles: Jovene, 1950. v. 2, n. 343, p. 202; Themistocle Martines. *Diritto Ccostituzionale*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1984. p. 359; Giuseppe Contini, cit. *La revisione costituzionale in Itália*, p. 62; Carlos Maximiliano. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. n. 344, p. 336-337, e n. 346, p. 339).

E o próprio acórdão proferido pelo Supremo em 7 de novembro de 1984 constitui uma indireta emenda jurisprudencial da Constituição de 1967 (item 62.).

42. Ao invés, a Constituição inglesa, não escrita e, portanto, flexível, varia menos na aplicação do que grande número de constituições escritas e supostamente rígidas, porque é sólida a correspondência entre aquela

Constituição e a sociedade que rege (segundo Afonso Arinos de Melo Franco. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, n. 89, p. 56).

A respeito, Charles Debbasch e Jean-Marie Pontier, aludindo à distinção entre constituição rígida e constituição flexível, acrescentam:

> Desse ponto de vista parece então evidente que as constituições consuetudinárias não são necessariamente as mais flexíveis: frequentemente é mais fácil mudar ou substituir um texto, do que princípios fundamentais não escritos. (cit. *Les Constitutions de la France*, p. 2).

O que recorda a referência de Mortati

> ... à ilusão de encontrar em garantias de caráter formal um substitutivo daquelas garantias substanciais que faltam nos países nos quais não existem suficientes tradições de liberdade (verbete "Costituzione (dottrine generali)", na *Enciclopédia dei diritto*, Giuffrè, Milão, 1962. v. XI, n. 4, p. 145).

43. Nem tem a rigidez impedido que constituições desde sua entrada em vigor jamais tenham sido efetivamente aplicadas, no todo ou em parte, ou até que tenham sido desrespeitadas ou inovadas desde o início de sua vigência (Giuseppe Contini, op. cit., p. 14; Themistocle Martines, op. cit., p. 259-261).

44. Sendo rígida toda a constituição para cuja emenda seja exigido mais do que aquilo que se exige para a formação das demais leis, a Constituição de 1967 não deixaria de ser rígida por exigir para sua emenda dois terços dos votos (art. 48), quando para elaboração das leis ordinárias e das leis complementares é bastante a maioria absoluta dos votos (arts. 31 e 50), isto é apenas mais da metade deles (itens 55. e 56. desta exposição).

45. De qualquer sorte, estabelecida a regra de rigidez constitucional, às exigências dessa regra deve ater-se o aplicador; que não pode, a pretexto de atender à finalidade do princípio, impor uma rigidez maior do que a acolhida pela constituição de que se trate; ou seja, no presente caso concreto, exigindo o art. 48 para a aprovação das emendas constitucionais "dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas", não pode o aplicador, invocando a finalidade do princípio de rigidez, que se esgotara naquela exigência de dois terços dos votos, agravá-la para "votos de dois terços dos membros de cada

uma das Casas"; pois, se assim não fosse, estaria legitimado o aplicador para, invocando o mesmo argumento finalístico, exigir para a emenda até o voto da unanimidade dos membros das Casas do Congresso.

46. Iniciando seu voto, afirma o ministro Moreira Alves que "ninguém tem dúvida de que a Constituição brasileira, desde a implantação da república, é rígida, o que implica dizer que a votação de emenda constitucional exige **quorum** qualificado" (cit. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, p. 65).

46.1. Nesse breve trecho cumulam-se três inexatidões.

47. A primeira consiste em que não somente a partir da República as constituições brasileiras são rígidas, porque incomparavelmente mais rígida do que todas as constituições republicanas foi a Constituição imperial, de 1824, como se pode ver dos numerosos artigos em que regia a matéria, sobretudo da segunda parte do art. 176:

> Art. 174 — Se, passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se reconhecer que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles.
>
> Art. 175 — A proposição será lida por três vezes, com intervalos de seis dias de uma à outra leitura; e depois da terceira deliberará a Câmara dos Deputados se poderá ser admitida à discussão, seguindo-se tudo o mais que é preciso para a formação de uma lei.
>
> Art. 176 — Admitida a discussão, e vencida a necessidade da reforma do artigo constitucional, se expedirá lei, que será sancionada e promulgada pelo Imperador, em forma ordinária, e na qual se ordenará aos eleitores dos deputados para a seguinte legislatura, que nas procurações lhes confiram especial faculdade para a pretendida alteração ou reforma.
>
> Art. 177 — Na seguinte legislatura, e na primeira sessão, será a matéria proposta e discutida, e o que se vencer prevalecerá para a mudança ou adição à lei fundamental; e juntando-se à Constituição será solenemente promulgada.
>
> Art. 178 — É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias.

48. No último dos artigos acima transcritos há uma implícita distinção entre constituição em sentido material ou substancial e constituição em sentido formal, assim exposta pela doutrina moderna:

> Considerando um ordenamento jurídico unicamente do ponto de vista do seu **conteúdo** normativo, entende-se por **constituição em sentido puramente material: todo aquele complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não escritas, idôneo para traçar as linhas básicas do respectivo ordenamento**.
>
> Um Estado **não constituído** seria um **contrassenso**, uma contradição nos próprios termos.
>
> Não existirá sempre, ao contrário, uma constituição em **sentido formal** ou seja: **um complexo de normas legislativas distintas daquelas ordinárias pelo seu mais** árduo e solene processo formativo. (Biscaretti di Ruffia, cit. *Diritto costituzionale (lo stato democratico moderno)*, v. i, n. 39, págs. 91-92. Grifos de Biscaretti di Ruffia). Também a respeito, Charles Debbasch e Jean-Marie Pontier, op. cit., pág. 2)

48.1. Essa distinção tácita entre constituição em sentido substancial e constituição em sentido formal, que me pareceu surpreendente para o tempo em que nossa primeira constituição foi elaborada, não proveio, como se tenderia a pensar, de uma das Constituições francesas que a antecederam, uma vez que "reinara, na Constituinte imperial, o pensamento francês" (Afonso Arinos de Melo Franco, cit. *Direito constitucional*. Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil, p. 123).

Porque a regra não existia em nenhuma das Constituições francesas que precederam a Constituição brasileira de 1824; nem no Ato Adicional de 22 de abril de 1815, vigente em 1824 (que não continha nenhuma regra sobre emendas à Constituição); nem nas Constituições de 4 de junho de 1814, de 18 de maio de 1804, de 4 de agosto de 1802 e de 13 de dezembro de 1799 (que eram também omissas a respeito de emendas constitucionais); e também não na Constituição de 22 de agosto de 1795 (que regula o que denomina "revisão" nos arts. 26, 336 até 350 e 375), nem na de 24 de junho de 1793 (que trata da revisão nos arts. 115 e 117), nem, por fim, na primeira das Constituições escritas da França, de 3 de setembro de 1791 (que disciplina extensamente a revisão nos oito artigos, o último extremamente longo, do seu título VII (cf. cits. *Les Constitutions de la France* e *Les Constitutions de la France depuis 1789*).

48.2. A respeito do art. 178, observou Afonso Arinos de Melo Franco:

> Pimenta Bueno (S. Vicente), ao comentar o dispositivo da Constituição brasileira, fá-lo em poucas e insuficientes linhas, sem mencionar suas origens nem a importância capital que teve a sua aplicação. (op. cit., p. 121)

Entretanto, no trecho imediatamente anterior, informara:

> Este artigo aplicava um princípio exposto por Benjamin Constant no seu trabalho "Reflexões sobre as Constituições e as Garantias", escrito entre 1814 e 1818. Ali está escrito textualmente: "Tudo o que não se relaciona com os limites e as atribuições respectivas dos poderes e com os direitos individuais, não faz parte da Constituição; pode ser modificado pelo concurso do rei com as duas Câmaras" (Ibidem).

Trata-se, portanto, como é plausível concluir, de uma regra original, que honra o constituinte brasileiro de 1824; a quem Afonso Arinos de Melo Franco atribui "inegáveis saber e habilidade" (op., cit., p. 119).

48.3 Para o art. 178, como se viu, somente contava o que fosse substancialmente constitucional.

E uma vez que para o art. 178 era indiferente a forma constitucional, a rigidez dos arts. 174 a 177 incidia sobre as regras substancialmente constitucionais qualquer que fosse a forma, constitucional ou não constitucional, de que se revestissem.

Ou seja, as exigências impostas pela Constituição de 1824 para as emendas constitucionais regiam também a derrogação e a ab-rogação de toda a vasta legislação substancialmente constitucional não incluída na constituição (item 40., no fim).

A Constituição de 1824 tinha, portanto, uma rigidez, além de mais rigorosa, de extensão sem paralelo em qualquer outra constituição brasileira; e também de extensão sem paralelo em qualquer das constituições estrangeiras, ainda ou não mais em vigor (suposta nessas constituições a inexistência de regra semelhante à do art. 178).

Nada importa que o art. 178 não tenha sido assim cumprido, porque o mesmo aconteceu com outras regras constitucionais, e até com inteiras constituições (item 43.).

48.4. Nem se impute ao art. 178 o risco de que a determinação do que seja e do que não seja substancialmente constitucional ocasionasse a possibilidade de indiretas emendas constitucionais, efetuadas através da legislação ordinária, como efetivamente terá acontecido, segundo menciona Afonso Arinos de Melo Franco; que por essa razão entende que o art. 178 confere à Constituição de 1824 "caráter semiflexível" (op. cit., p. 122).

Porque esse não seria um defeito específico do art. 178, visto como sem ele (que não existe em nenhuma outra constituição brasileira, e, salvo engano meu, também não em nenhuma constituição estrangeira, vigente ou revogada) essas emendas constitucionais indiretas, efetuadas através de leis ordinárias, como de decisões judiciais e de outros meios, se têm de qualquer sorte verificado (acima, item 41.).

E a própria decisão proferida pelo Supremo em 7 de novembro de 1984 e uma indireta emenda jurisprudencial Constituição de 1967 (abaixo, item 62.).

48.5. Por outro lado, não seria a Constituição de 1824 "semiflexível" porque, por força do art. 178, não protegesse a matéria substancialmente não constitucional, nela todavia incluída; porque aí não estaria em causa rigidez constitucional alguma; estaria em causa a rigidez da legislação ordinária injetada na constituição.

48.6. Por fim, quando se afirma que uma constituição é "semiflexível" se está necessariamente afirmando sua rigidez.

Pois não existe o terceiro e intermediário tipo da constituição "semiflexível": ou a constituição é flexível, isto é, susceptível de emendas segundo as mesmas exigências pelas quais se formam as demais leis; ou não é flexível, isto é, tem exigências acrescidas para sua derrogação ou sub-rogação; nesta última hipótese, ainda que seja mínima a exigência acrescida (sempre, porém, uma exigência acrescida), a constituição é uma constituição rígida.

Assim, a Constituição de 1824 era uma constituição rígida, como se evidencia da parte final do próprio art. 178 ("tudo o que não é constitucional pole ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias"); e era, também, uma constituição mais rígida do que todas as constituições republicanas, como, por sua vez, se evidencia dos seus arts. 174 a 177, sobretudo da segunda parte do art. 176, como já foi dito (item 47.).

48.7. Honre-se, mais ainda, a Constituição brasileira de 1824, não obstante sua origem autocrática ("A Constituição imperial revestiu-se, a princípio, do caráter antipático de Carta outorgada": Afonso Arinos de Melo Franco, op. cit., p. 119), por haver incluído no "só constitucional" do art. 178, "os direitos políticos e individuais dos cidadãos", que enuncia nos trinta e quatro

primeiros incisos do art. 179 (este inspirado nas anteriores "Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão" francesa); direitos que, como viria a dizer Calamandrei, representam "a parte mais essencial de toda a constituição" (segundo Mauro Cappelletti. *In memoria di Piero Calamandrei*. Pádua: Cedam, 1957. p. 65).

Tendo sido o caráter liberal da Constituição de 1824 mencionado nesse trecho de Afonso Arinos de Melo Franco, não limitadamente àquele ponto do art. 178:

> Registra Armitage, no seu livro, que a Constituição era "um documento satisfatório e bastante mais liberal, nas suas disposições, do que o caráter dos seus compiladores teria podido ao público prever". (op. cit., p. 119)

48.8. A respeito daquela distinção entre constituição em sentido formal e constituição em sentido substancial, Cereti, depois de dizer que "não existem critérios nítidos e seguros para estabelecer quais sejam as matérias substancialmente constitucionais", e de referir "o comum conceito de que a Constituição deva somente ocupar-se das matérias fundamentais e essenciais, deixando para o legislador ordinário a tarefa de elaborar seja as normas que presumivelmente podem necessitar de mais frequentes alterações, para corresponder à mutabilidade das exigências e das necessidades correspondentes, seja de desenvolver os princípios diretivos consagrados na Constituição", assim conclui a análise da matéria: "A dificuldade, para não dizer a impossibilidade de distinguir aprioristicamente entre matérias constitucionais e não constitucionais foi confirmada também recentemente pelas infrutíferas tentativas de estabelecer uma distinção entre Constituição em sentido formal e a assim chamada Constituição em sentido material ou substancial. Na verdade, não se pode dizer que elas tenham levado a uma segura e aceitável discriminação entre os dois conceitos, ou tenham estabelecido, seja mesmo com uma certa aproximação, a qual matéria se estenda e que campo abranja a assim chamada Constituição substancial" (*Corso di diritto costituzionale italiano*. Turim: G. Giappelli, 1949. p. 250-251).

48.9. Entretanto, a distinção entre constituição em sentido formal e constituição em sentido substancial é irrecusável, porque sem ela não se teria como determinar o que seja e o que não seja constituição nos Estados de constituição não escrita ou consuetudinária (como a Inglaterra), em que não existe constituição em sentido formal, mas só constituição em sentido substancial.

49. Sendo a respeito também de ter em conta o fato do "alongamento" das constituições, a que se refere Giuseppe Contini:

> O problema da revisão adquiriu sempre maior relevância não somente por causa do advento das constituições escritas, mas também por dois outros motivos fundamentais, isto é, o seu "alongar-se" e "enrijecer-se". Esse fenômeno está em estreita dependência do tipo de sociedade a que a Constituição se refere: efetivamente, enquanto, de regra, são típicas das sociedades mais homogêneas as constituições breves (as quais, por causa do concurso desses dois elementos, são, em geral, também flexíveis), nas sociedades menos homogêneas verifica-se a situação oposta: normalmente, elas são regidas por constituições longas, ordinariamente rígidas. O número sempre crescente de normas relativas às mais diversas matérias introduzidas nas constituições, com o objetivo de torná-las instrumento sempre mais aderente às finalidades visadas por grupos políticos, não somente entre si heterogêneas, mas nitidamente contrapostas, fez com que o documento se torne elemento de garantia para a regulamentação das relações entre os diversos componentes da sociedade (políticos, econômicos e sociais), os órgãos constitucionais e os poderes públicos, entre si e com os cidadãos. (cit. *La revisione costituzionale in Italie*, p. 2/3).

Alongamento que, como é natural, frequentemente importa a constitucionalização meramente formal de regras substancialmente estranhas à constituição.

50. Certamente, porém, nos ordenamentos em que não exista a norma do art. 178 da Constituição de 1824 (ou seja, ressalvada minha insuficiência de informação a respeito, na totalidade dos ordenamentos), as regras constitucionais em sentido meramente formal estarão tão sujeitas quanto as regras constitucionais em sentido também substancial às exigências prescritas para as emendas à constituição.

Da mesma maneira que, pela inversa, em todos os ordenamentos (mantida aquela ressalva), matéria substancialmente constitucional mas não incluída na constituição (item 40., no fim), pode ser objeto de inovação sem as exigências impostas para as emendas constitucionais (as leis "que têm substância mas não forma constitucional podem ser modificadas ou ab-rogadas pelos meios próprios das leis ordinárias": Cereti, op. cit., p. 250).

O que não ocorreria nos ordenamentos que tivessem a norma do art. 178 (item 48.3.).

51. Nem o fato de serem rígidas as constituições brasileiras é uma singularidade que pudesse ser ressaltada pelo ministro Moreira Alves para sustentar que o art. 48 da Constituição de 1967 exigisse para sua emenda votos de dois terços dos membros das duas Casas do Congresso, e não dois terços dos votos desses membros.

Porque enquanto as constituições não escritas ou consuetudinária são sempre flexíveis, operando-se as modificações automaticamente, pela implícita adaptação do ordenamento constitucional às novas exigências, sem específicas intervenções formais (Giuseppe Contini, cit. *La revisione costituzionale in Itália*, p. 1-2), as constituições escritas, se tanto podem ser rígidas quanto flexíveis (Agostino Origone, verbete "Costituzione (dottrine generali)", no *Novissimo digesto italiano*. Turim: Utet, 1964. t. IV, p. 1054), atualmente são todas rígidas, com a só possível exceção da Constituição da África do Sul, que remonta, porém, a 1909; e são inexcetuadamente rígidas todas as constituições dos Estados Federais (Biscaretti di Ruffia, cit. *Diritto costituzionale* (lo Stato democratico moderno), v. II, n. 334, p. 191).

Assim, também rígida é a Constituição norte-americana, para cuja emenda, não obstante, são suficientes dois terços dos votos (item 8., acima).

52. Outra inexatidão (embora o ministro Moreira Alves não tenha sido entre nós o único a cometê-la) é o emprego da palavra **quorum** em lugar da palavra **maioria**, para designar o número de votos necessários à válida deliberação de um colégio.

Inexatidão que se pode verificar das seguintes transcrições da doutrina nacional e estrangeira:

> **Quorum** parlamentar — Chama-se **quorum** o número de representantes necessário ao funcionamento de uma Câmara legislativa. (Aureliano Leal. *Teoria e prática da Constituição Federal*, v. 1, p. 252; segundo Bento de Faria, voto proferido no acórdão do Supremo Tribunal Federal referido no item 2., supra; na *Revista Forense*, número ali citado, p. 790).
>
> Não se confundam **quorum** e **maioria**. O **quorum** diz respeito ao número de acionistas, necessários para compor legalmente a assembleia **(composição de assembleia)**; a **maioria** refere-se ao modo de ser colhida a deliberação dos acionistas presentes à assembleia **(quorum)**, por outra, significa a proporção dos votos que, estando presente o

quorum, tem de resolver sobre a medida proposta (J.X. Carvalho de Mendonça. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 30. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. IV, 1937, n. 1.134, p. 21. Grifos do original).

Quorum e **maioria** são conceitos distintos, posto que intimamente relacionados. **Quorum** é pressuposto para que se apure a **maioria** de votos. É o número mínimo de parlamentares presentes para que se possa realizar uma votação. Desta, o resultado, aceitando ou repudiando a proposição, é o que a **maioria** dos sufrágios emitidos indicar. **Quorum**, pois, é fato antecedente, e maioria, sua consequência. A maioria, define RAMIREZ (*Derecho constitucional mexicano* — página 255), é o número de representantes que decide, dentro de outro número de representantes, geralmente maior, e que constitui o **quorum**.

A **maioria**, por seu turno, é **absoluta** ou **relativa**. Aquela se concretiza por mais de metade dos votos dados. **Relativa** é a **maioria** que não alcança tal índice, sendo, entretanto, ainda maioria no conjunto dos votos. (Aloysio de Carvalho Filho, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, verbete "Quorum parlamentar", no *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, dirigido por Carvalho Santos e Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, sem indicação do ano de publicação, mas 1970. v. XLIV, p. 187, n. 3. Grifos do original).

MAIORIA — Direito Constitucional. Pluralidade de votos em uma eleição.

Maioria absoluta: mais da metade dos votos.

Maioria qualificada: maioria que exige condições mais difíceis de reunir que a maioria absoluta (Exemplo: maioria de 2/3).

Maioria relativa (ou simples): mais votos do que tenha obtido um outro concorrente.

QUORUM — Direito Civil, Direito Comercial —número de participantes necessários para que uma assembleia (de uma associação ou de uma sociedade, por exemplo) possa validamente deliberar.

Direito Constitucional — número de membros cuja presença é necessária para que uma assembleia, uma comissão, uma conferência possa validamente instalar-se. (Guillien e Vincent. *Lexique de termes juridiques*. Paris: Dalloz, 1972. p. 213 e 275).

MAIORIA — Conjunto de votos que, por seu número, dão a uma pessoa ou opinião superioridade sobre outra.

Absoluta — Maioria que reúne metade mais um dos votantes.

> **Reforçada** — Maioria para a qual a lei exige mais da metade mais um dos votantes. Exemplo: em matéria de sociedades, maioria de dois terços (lei de 24 de julho de 1867, art. 31).
>
> **Relativa** — Conjunto de votos que dão a uma pessoa ou opinião superioridade sobre outras pessoas ou opiniões, sem que seja necessário que constitua maioria absoluta.
>
> **QUORUM** — Número mínimo de membros presentes, exigido para que uma assembleia possa deliberar validamente e adotar uma resolução. Em matéria de sociedades, o **quorum** se fixa em uma fração mais ou menos importante do capital social que deve estar representada na assembleia, e varia segundo a natureza e os poderes da assembleia. (*Vocabulário jurídico*, redigido por professores de direito, magistrados e jurisconsultos franceses, sob a direção de Henri Capitant, tradução argentina. Buenos Aires: Depalma, 1972. p. 368 e 457).
>
> As deliberações colegiais devem ser adotadas, de regra, com a intervenção de pelo menos um certo número — dito **quorum** — dos componentes do colégio, que, na falta de outras normas, é aquele imediatamente superior à metade, e tradicionalmente se entende não possa ser inferior a três (**duo non faciunt collegium**). (Sandulli. Manuale di diritto amministrativo. 10. ed. Nápoles: Jovene, 1971. n. 62, p. 150).

53. Nova inexatidão reside em que a exigência de uma maioria qualificada (que o ministro Moreira Alves, conforme se viu, refere como "**quorum** qualificado") não é o único meio pelo qual se exprime a rigidez constitucional, havendo outros, como a repetição da votação em sessões diversas, a repetição da aprovação na legislatura seguinte, a exigência de um referendum (Costantino Mortati, cit. verbete "Costituzione (dottrine generali)", na *Enciclopédia dei diritto*, v. XI, n. 33, p. 188-189; Biscaretti di Ruffia, cit. *Diritto costituzionale* (lo Stato democratico moderno), v. II, n. 338, p. 195).

54. No período imediatamente seguinte, afirma o voto do ministro Moreira Alves, procurando ironizar o parecer, a que alude como "tese sustentada pelos impetrantes":

Ora, pela tese sustentada pelos Impetrantes, ter-se-ia que o artigo 48 da Carta Magna, na redação dada pala Emenda Constitucional nº 11 ("... considerando-se aprovada, quando obtiver, em ambas as votações, maioria absoluta dos votos dos membros de cada uma das Casas"), requereria, apenas, a maioria relativa, por haver empregado a expressão maioria absoluta

dos votos. Sem que ninguém, até então, se apercebesse, teríamos tido, de 1968 a 1972 (período em que vigorou esse texto), uma Constituição flexível. (grifos do ministro Moreira Alves)

Incorre em outro equívoco, porque o art. 48 da Constituição de 1967, no texto resultante da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978 (que o ministro Moreira Alves refere como de 1968, com vigência até 1972), não exigia para a aprovação das emendas constitucionais somente "maioria absoluta dos votos dos membros de cada uma das Casas", mas sua discussão e votação "em 2 (dois) turnos, dentro de 90 (noventa) dias, a contar do seu recebimento", considerando-se aprovada quando obtivesse, em ambas as votações, maioria absoluta dos votos dos membros de cada uma das Casas.

Manteve, portanto, a rigidez constitucional, porque essa dualidade de votações não é exigida para a legislação ordinária pelo art. 31 da Constituição de 1967, nem pelo seu art. 50, para as leis complementares, e nenhum desses dois artigos foi atingido pela Emenda nº 11.

Pois é rígida a constituição para cuja emenda seja necessária qualquer exigência a mais, relativamente à elaboração das restantes leis; sendo a repetição das votações um dos típicos meios pelos quais se configura a rigidez constitucional (item 53., acima).

55. Em seguida, o voto do ministro Moreira Alves, que em ponto algum se deteve, como lhe cumpria, na análise objetiva do art. 48 da Constituição Federal de 1967, perde-se em uma exposição sem nenhum propósito, repetitiva e, por acréscimo, inexata, sobre o conceito de maioria absoluta; e também despropositada, repetitiva e inexata sobre o conceito de maioria relativa:

> A diferença entre maioria absoluta e maioria relativa é que aquela só se alcança quando se atinge o primeiro número inteiro superior à metade da totalidade dos membros que constituem uma assembleia, ao passo que esta apenas leva em consideração aqueles que efetivamente votaram. Por isso, ambas têm em comum o fato de exigirem número superior à metade, diferindo, no entanto, no que diz respeito à base sobre a qual se faz o cálculo: a totalidade dos membros, ainda que não tenham votado todos (maioria absoluta), é só aqueles que efetivamente votaram (maioria relativa).
>
> Assim sendo, quando se qualifica, em texto constitucional, como **absoluta** a **maioria**, esta não pode ser descaracterizada para **maioria relativa** por impropriedade de redação do complemento que se lhe segue, até porque não tem sentido que a adjetivação específica, e, por isso mesmo,

> caracterizadora, sirva para significar o oposto do que ela exprime pela circunstância de se dar uma interpretação restritiva e forçada do complemento. Com efeito, não teria sentido que a Constituição, para dizer que se tratava de **maioria relativa**, empregasse expressão que encerra contradição em termos — maioria **absoluta** dos **votantes** —, uma vez que, se a maioria é absoluta, não pode ela ter em conta somente os que hajam votado. (grifos do ministro Moreira Alves).

Entretanto, a maioria não se diz absoluta, como pretende o ministro Moreira Alves, quando exprime mais da metade dos membros do colégio, porém apenas quando exprima mais da metade do número sobre o qual ela se calcula; número que pode ser, indiferentemente, tanto a totalidade dos membros do colégio, quanto o número dos presentes, quanto, ainda, o número dos votantes; sendo relativa a maioria que exprime o maior dos diferentes grupos de votos, relacionados entre si, sem ligação alguma nem com o número dos membros do colégio, nem com o número de presentes, nem com o número de votantes.

Como expõe Ugo Gargiulo:

A unanimidade consiste no concurso de declarações que exprimem uma idêntica decisão por parte de todos os componentes, sobre a solução submetida a seu exame. A maioria existe quando concorrem, sobre a mesma solução, decisões contrastantes, e esse contraste é resolvido pelo ordenamento de maneiras diversas: segundo a maioria absoluta, segundo a maioria relativa, segundo a maioria qualificada.

A maioria absoluta importa a existência de três elementos: uma parte maior, uma parte menor e um termo de relação predeterminado, que corresponde à soma das duas partes (ESSE TERMO É DADO PELO NÚMERO DOS COMPONENTES DO COLÉGIO, OU PELO NÚMERO DOS PRESENTES, OU PELO NÚMERO DOS VOTANTES). A maioria absoluta consiste no número mínimo superior à metade da totalidade (isto é, na parte maior). A maioria relativa é dada pela cifra resultante do maior número de votos, e nesse caso considera-se o número de votos relacionados entre si, sem conexão alguma com um número precedentemente fixado. A maioria qualificada é constituída por uma entidade numérica sempre superior à metade mais um da totalidade (por exemplo, dois terços dos presentes, dos votantes). (*I collegi amministrativi*. Nápoles: Jovene, 1962. p. 227-228. Grifos meus).

56. Também contra o entendimento do ministro Moreira Alves, além de Ugo Gargiulo, no trecho transcrito no item imediatamente anterior, e de Aloysio de Carvalho Filho, Guillien e Vincent e do vocabulário sob a

direção de Henri Capitant (nas transcrições constantes do item 52.), está a unanimidade da doutrina que versa o art. 129 da atual Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), que, repetindo o texto do art. 94 da anterior Lei das Sociedades Anônimas (Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940), estatui que "as deliberações da assembleia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco".

Empregando, portanto, a mesma expressão "maioria absoluta dos votos", constante da Emenda nº 11/78, que, segundo o ministro Moreira Alves, seria contraditória em seus próprios termos, "uma vez que, se a maioria é absoluta, não pode ter em conta somente os que hajam votado".

Não havendo um único dentre os comentadores daqueles artigos das sucessivas Leis de Sociedades Anônimas, entre os quais se inclui Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, que já teve também a honra de ministro do Supremo Tribunal Federal, que sustentasse dever essa "maioria absoluta de votos", mencionada pelos referidos arts. 129 e 94, ser calculada não sobre o número de votantes, mas sobre o número total de acionistas da sociedade.

Como se pode ver das transcrições seguintes:

> A lei brasileira adotou esse sistema, único compatível com a estrutura das sociedades por ações: prevalecerá a vontade da maioria, expressa pela metade mais um dos votos de que disponham os presentes.
>
> Aloysio Lopes Pontes exemplifica a maioria absoluta: "... muitas vezes ocorre a divisão dos deliberantes em mais de duas correntes, cada qual sustentado por um grupo. A corrente que nessa hipótese conta com maior número constituirá 'maioria relativa'. Esta a lei não acolhe. Entretanto, se houver apenas a formação de duas ou mais correntes, contando uma com o apoio de metade mais um dos votos presentes, ou mesmo, ocorrendo a formação de três ou mais entendimentos, mas contando um com a mesma proporção, prevalecerá legalmente este. Em caso contrário, nenhuma deliberação legal poderá ser tomada, nenhuma corrente prevalecerá. Daí a justificável exigência legal da maioria absoluta. Só vingará a deliberação, pelo menos, por metade mais um dos votos representados pelos presentes. Tal exigência evita se consigam deliberações com irrisórias maiorias, com o apoio de grupos reduzidos. Suponhamos, *v.g.*, que, numa assembleia a que comparecessem acionistas representando 4.000 ações, sobre determinado assunto se constituíssem quatro entendimentos diversos, cada qual apoiado por seu grupo de acionistas, representando, um, 800, outro 700, outro 1.200 e

outro 1.300. Este último constitui 'maioria relativa', e prevaleceria se a lei não exigisse expressamente 'maioria absoluta', que, no caso, seria da 2.001 ações". (Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto. *Sociedades por ações*. São Paulo: Saraiva, 1973. v. 39, n. 73, p. 77-78).

Maioria absoluta, isto é, metade e mais um dos votos realmente manifestados pelos acionistas presentes à reunião. (Trajano de Miranda Valverde. *Sociedades por ações*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. II, n. 452, p. 115).

Que se entende por maioria absoluta e maioria relativa? Maioria absoluta é a que corresponde à metade mais um voto. Maioria relativa é a que consiste no maior número de votos entre várias propostas colocadas em votação, que não alcance a metade dos sufrágios mais um. (Wilson de Souza Campos Batalha. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 11, p. 817).

São, pois, as deliberações da assembleia geral tomadas por maioria absoluta de votos, isto é, metade mais um dos votos, adotando-se, em seu cálculo, o princípio legal de que a cada ação ordinária corresponde um voto (art. 110). (Sampaio de Lacerda. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1978. art. 39, p. 73).

As deliberações da Assembleia Geral são em regra tomadas pela maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco (art. 129). Por maioria absoluta entende-se mais da metade dos votos dos presentes. (Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1979. v. I, n. 138, p. 402).

Estabelecendo a lei o princípio de que as deliberações, ressalvadas as exceções expressas, são tomadas por maioria absoluta, isto é, por metade mais um dos acionistas presentes, parece-nos ser juridicamente impossível aos estatutos disporem em sentido diverso, seja para exigir ou **quorum** superior ou inferior, a não ser naqueles precisos casos em que a própria lei prevê uma maioria qualificada. (Roberto Barcellos de Magalhães. A nova lei das sociedades por ações comentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. v. II, .756, p. 643).

Para o efeito de cômputo dos votos, fala a lei em maioria absoluta e qualificada (art. 136).

Essas duas espécies de maioria contrastam com aquela de maioria relativa, que não é admitida pela lei como **quorum** deliberativo. A maioria relativa, com efeito, é o maior número de votos obtidos, sem

> qualquer referência a um percentual mínimo do total dos votos dados. Calculam-se as maiorias absoluta e qualificada, no entanto, sobre o número total dos votos validamente manifestados. A maioria absoluta corresponderá a cinquenta por cento mais um dos votos. A maioria qualificada representará o percentual acima deste que o estatuto da companhia fechada, facultativamente, determinar. (Modesto Carvalhosa. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 49, p. 239).

A essa torrente de doutrina contrária aos conceitos de maioria absoluta e de maioria relativa pretendidos pelo ministro Moreira Alves, acrescente-se, ainda, Cino Vitta:

> Algumas vezes é prescrita a maioria absoluta, isto é, o voto favorável da metade mais um dos presentes algumas vezes uma maioria mais acentuada (qualificada), algumas vezes basta, ao invés, a assim chamada maioria relativa, isto é, entre as propostas divergentes resulta aprovada aquela que obtém o maior número de votos, independentemente de sua relação com o número dos presentes. (*Diritto amministrativo*. Reestampa da 38 ed. Turim, 1949. v. I, n. 44, p. 165).

57. A expressão "maioria absoluta dos votantes" não é, portanto, contraditória nos seus próprios termos, como pretende o ministro Moreira Alves.

Cujo voto poderia ter apontado a mesma suposta contradição nos próprios termos que enxergou na Emenda nº 11/78, já na Constituição de 1824:

> Art. 25. Os negócios se resolverão pela maioria absoluta de votos dos membros presentes.

E também no art. 50 da Constituição de 1967:

> As leis complementares somente serão aprovadas, se obtiverem maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, observados os demais termos da votação das leis ordinárias.

58. Nem, pela mesma razão, constitui uma tautologia (vício de linguagem

que o voto do ministro Moreira Alves com imprecisão chama, sem qualificativo algum, "pleonasmo": "o pleonasmo enfeia o texto"; item 59.1.) a expressão "maioria absoluta dos votos do total dos membros do Congresso Nacional"; como supõe o ministro Moreira Alves, no final do seu voto, procurando, mais uma vez, ironizar o parecer:

> É por causa de interpretação como a sustentada pelos impetrantes que, vez por outra, se encontram esplendorosos pleonasmos no texto constitucional, como o da redação dada a esse mesmo artigo 48 pela Emenda Constitucional nº 8/77: "... maioria absoluta dos votos do total dos membros do Congresso Nacional". O pleonasmo enfeia o texto, mas afasta qualquer remota sombra de dúvida.

59. Poderia, aliás, o voto do ministro Moreira Alves referir antecedentes da mesma tautologia que pensou descobrir na Emenda nº 8/77: um, já no art. 18 da Constituição de 1891 ("As deliberações serão tomadas por maioria de votos, achando-se presentes, em cada uma, maioria absoluta de seus membros"); outro, no art. 40 da Constituição de 1937 ("Em uma e outra Câmara as deliberações serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta dos seus membros").

E mais um no art. 138 da vigente Constituição italiana, de 27 de dezembro de 1947, segundo o qual as leis de revisão da Constituição e as outras leis constitucionais "são aprovadas pela maioria absoluta dos componentes de cada Câmara".

59.1. Contra o que indiscriminadamente entende o voto do ministro Moreira Alves, o pleonasmo é uma figura de linguagem, de emprego, portanto, legítimo:

> **PLEONASMO** — Nome tradicional que se dá à redundância no âmbito de significação externa, ou seja, no âmbito das palavras. É essencialmente motivado por uma intenção estilística e pertence às figuras de linguagem. (J. Mattoso Câmara Jr. *Dicionário de filologia e gramática*. 38. ed. Rio de Janeiro: Lonzon, Editor, sem indicação do ano de publicação, p. 283).

Somente constituindo vício de linguagem quando dá a impressão de ignorância do significado das palavras usadas, ou não dá nenhuma ênfase à expressão (J. Mattoso Câmara Jr., op. cit., p. 284; Napoleão Mendes de

Almeida. *Gramática metódica da língua portuguesa*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. n. 784, p. 478-479; Eduardo Carlos Pereira. *Gramática expositiva*. Curso superior", São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1946. n. 457-458, p. 259-260; Rocha Lima. *Gramática normativa da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1973. cap. 33, n. 5, p. 471); e então o pleonasmo se chama tautologia, além de outros nomes, menos usados (Mattoso Câmara Jr., op. cit., p. 284; Napoleão Mendes de Almeida, op. cit., p. 479).

Um pleonasmo correntio muito forte, que não chega, porém, à tautologia, encerra, aliás, o voto do ministro Moreira Alves: "qualquer remota sombra de dúvida" (item 58).

Assim sendo, quando não se fala em tautologia, ou expressões sinônimas, qualifica-se o pleonasmo, para caracterizá-lo como vicioso.

Conforme fez João Mangabeira, falando em "pleonasmo desnecessário" no sétimo parágrafo do seu parecer transcrito no item 15.:

> Bem verdade que no art. 37, 39 a Constituição usa da expressão "sufrágios presentes". É evidentemente um pleonasmo desnecessário, que vicia a forma da nossa Carta, porque não há por ela sufrágios ausentes.

59.2. Em consequência, a expressão "esplendorosos pleonasmos" não tem o equivocado sentido necessariamente pejorativo que lhe atribui o voto do ministro Moreira Alves; "fitou-me com seus maravilhosos olhos" é, por exemplo, sem nenhum sentido pejorativo, um pleonasmo esplendoroso.

60. Segundo o ministro Djaci Falcão:

> Quer se trate de maioria absoluta, seja por dois terços, a aprovação da emenda à Constituição se relaciona com o número de integrantes do Congresso Nacional, e, não, dos presentes ou votantes na sessão. (revista cit., p. 66).

Proposição que o Ministro Djaci Falcão não demonstrou nem poderia demonstrar, porque colide frontalmente com a expressa e unívoca regra do art. 48 da Constituição de 1967:

> ... considerando-se aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas.

E que é também inconciliável com a regra geral do art. 31 da Constituição de 1967 ("... as deliberações serão tomadas por maioria de votos...") e com a regra do art. 50 da mesma Constituição ("... serão aprovadas se obtiverem a maioria absoluta de votos..."), relativa às leis complementares.

61. Conclui o voto do ministro Ojaci Falcão:

> Outro raciocínio conduziria aos exemplos apontados pelo eminente Ministro Oscar Corrêa. (Ibidem)

A respeito, reporto-me aos itens 29. até 35. desta exposição.

62. Do confronto entre o acórdão de 1926 e o de 1984 (sobretudo quando considerados os respectivos votos, e os subsídios dos votos de 1926) concluiu-se que, enquanto o primeiro respeitou o art. 90, Parágrafo 29 da Constituição de 1891, o segundo violou idêntica regra do art. 48 da Constituição de 1967, representando mais um caso de indireta emenda da constituição pela jurisprudência (item 41.).

Assim, no ponto já tantas vezes referido, o art. 48 foi emendado pelo Supremo de **"DOIS TERÇOS DOS VOTOS DOS MEMBROS DE CADA UMA DAS CASAS"** para **"VOTO DE DOIS TERÇOS DOS MEMBROS DE CADA UMA DAS CASAS"**.

63. No presente caso concreto, nenhuma relevante razão de interesse público existia que pudesse justificar essa emenda jurisprudencial da Constituição.

Ao contrário, consumou ela o malogro de um dos mais belos movimentos coletivos da história brasileira.

64. As consequências da eleição indireta para presidente da República, que se seguiu à decisão com que o Supremo, em 1984, emendou a Constituição de 1967, aí estão.

CAVALCANTI, José Paulo. *1984: o Supremo, contra as diretas, emenda a Constituição*. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1988.