



Fernando Bernardi Gallacci

O STF E AS CLÁUSULAS PÉTREAS: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?

Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação do Professora Luciana de Oliveira Ramos.

SÃO PAULO

2011

Resumo da monografia: Essa pesquisa tem o objetivo de identificar se e *como* o STF atua para fomentar a governabilidade das instituições políticas brasileiras no controle abstrato de emendas constitucionais. Para alcançar esses objetivos, procedeu-se ao exame quantitativo e qualitativo de acórdãos da Corte que abordavam o tema das cláusulas pétreas. O estudo está organizado em duas partes centrais: entender a argumentação dos Ministros sobre os incisos do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal, identificando possíveis problemas da aplicação na interpretação desses incisos; e esclarecer se o Tribunal vem atuando como um órgão capaz de incentivar a governabilidade do país. Como resposta dessas etapas é possível observar a conclusão de que os entendimentos jurisprudenciais dos incisos I, III e IV do § 4º artigo 60, apesar de seus problemas, demonstram que o STF se preocupa em contribuir para a governabilidade da *República*.

Acórdãos: ADI 829; ADI 830; ADI 833; ADI-MC 926; ADI-MC 939; ADI 939; ADI-MC 1420; ADI-MC 1497; ADI-MC 1749; ADI-MC 1805; ADI-MC 1946; ADI 1946; ADI-MC 2024; ADI 2024; ADI-MC 2031; ADI 2031; ADI-MC 2135; ADI-MC 2356; ADI 2395; ADI-ED 2666; ADI 2666; ADI 3104; ADI 3105; ADI 3128; ADI 3367; ADI-MC 3395; ADI-MC 3472; ADI-ED 3685; ADI 3685; e ADI-REF-MC 4307

Palavras-chave: Governabilidade; Emendas Constitucionais; Ônus Argumentativo; Cláusulas Pétreas.

A todas as pessoas que me apoiaram e me inspiraram nas discussões e debates necessários à estruturação desse trabalho. Em especial, agradeço à Maria Clara pelas incansáveis colaborações.

Sumário

1.	INTRODUÇÃO	5
2.	METODOLOGIA	10
2.1.	ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO	10
2.2.	UNIVERSO AMOSTRAL.....	15
3.	COMO O STF UTILIZA SEU ÔNUS ARGUMENTATIVO PARA INTERPRETAR AS CLÁUSULAS PÉTREAS.	20
3.1.	A EXPRESSÃO “TENDENTE A ABOLIR”	22
3.2.	A FORMA FEDERATIVA DE ESTADO.....	27
3.3.	A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	31
3.4.	OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.....	36
3.4.1.	PROBLEMAS DE ARGUMENTAÇÃO.....	42
3.4.1.1.	INTERPRETAÇÃO E GOVERNABILIDADE NOS CASOS DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS	43
4.	O PAPEL DA GOVERNABILIDADE	50
5.	CONCLUSÃO	60
6.	BIBLIOGRAFIA	64

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem, cada vez mais, uma importância maior no sistema político brasileiro. A Constituição Federal (CF) de 1988 conferiu à Corte uma ampliada gama de influência no âmbito político institucional da República. Exemplos desses poderes são encontrados nos artigos 101 a 103 da Carta Magna. Os dispositivos são responsáveis por: pautar a organização do Tribunal; estipular o rol de legitimados a propor ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs); estabelecer competências administrativas e processuais, como a edição de súmulas vinculantes; e, por fim, oferecer as missões jurisdicionais da Corte, como a “guarda da Constituição”.

Com isso, de maneira geral, pode-se afirmar que o poder de atuação do STF cresceu nas instituições políticas pós 1988. Uma situação relevante da influência do STF na atuação dos demais Poderes é o exercício do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais (EC). Esse exercício foi consolidado tanto formal quanto materialmente no julgamento da ADI 939. O desenvolvimento desse exercício permite ao STF controlar o ato normativo (EC) editado pelo Congresso para modificar a Constituição. As emendas são importantes elementos de poder do Parlamento, pois é por meio delas que o Congresso exerce o papel de constituinte reformador. Esse trabalho pretende colaborar para o debate acerca do controle de constitucionalidade de EC.

Assim, essa tese tem três objetivos centrais: (i) entender a argumentação dos Ministros sobre os incisos do § 4º do artigo 60 da CF, que impõem limites à alteração da Constituição; (ii) identificar se há problemas da aplicação na interpretação desses incisos; e (iii) esclarecer se o STF vem atuando como um órgão capaz de incentivar a governabilidade do país a partir da análise das ações estudadas.

Para que se possa entender como cheguei a essas preocupações, discorrerei sobre os pontos de origem da busca elaborada nesse trabalho.

Em primeiro lugar, destaca-se o fato da Constituição de 1988 ser caracterizada, em grande parte, como um montante de políticas públicas setoriais positivadas¹. Trabalhos anteriores da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)² demonstraram essa perspectiva ao revelarem que nas sessões da Assembléia Nacional Constituinte (ANC) houve uma larga participação de setores da sociedade para influenciar a formação da nova Carta Constitucional. Esse argumento ganha força ao se considerarem as vinte e quatro subcomissões temáticas responsáveis por colherem opiniões, fazerem audiências públicas e formularem estudos parciais para a formação da nova Constituição.

Essas informações demonstram que a atual Carta Constitucional brasileira é, na realidade, mais do que um conjunto de direitos e garantias de seus cidadãos; mais do que a simples organização do Estado; e mais do que a estipulação das regras do jogo político e institucional. A Constituição de 1988 é também um grande conjunto de políticas públicas setoriais constitucionalizadas.

Nesse panorama, destaca-se o papel do legislador de reformar a Constituição. Com um alto universo de políticas públicas constitucionalizadas, a promulgação de emendas constitucionais se transformou em objeto de governabilidade. Tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo dependem, diversas vezes, das condições do artigo 60 da CF para poderem governar o país, já que muitos programas de governo estão positivados na Carta Magna.

Esses dispositivos visam resguardar um determinado núcleo fundamental da Constituição Federal: a existência do Estado Social e Democrático de Direito³. Em outras palavras, as escolhas constituintes

¹ Cf. R. B. Arantes C.G.Couto *Constituição, Governo e Democracia no Brasil*, 2006.

² Carolina Ignácio Ponce. "Definição de Pauta no Supremo tribunal Federal no Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais nos Governos FHC e LULA"; e André Janjácómo Rosilho. "O perfil das associações de classe no controle constitucional de emendas constitucionais".

³ O conceito de Estado Social e Democrático de Direito é apresentado pelo professor Carlos Ari Sundfeld como sendo a "soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade, direitos (individuais, políticos e sociais), desenvolvimento e justiça social." (Carlos Ari Sundfeld. *Fundamentos de Direito Público*, 2010, p. 57)

consideradas cláusulas pétreas servem como elementos de salvaguarda da Constituição, uma vez que não são passíveis da tentativa de abolição por parte do legislador reformador, sob nenhuma roupagem legislativa, seja ela lei ordinária, lei complementar ou até mesmo emenda constitucional.

Na Carta Magna os pontos considerados como intangíveis pelo legislador originário são os dispositivos do artigo 60. Ademais do costume de se afirmar que a Constituição brasileira é considerada rígida⁴⁵, há autores, como o professor Oscar Vilhena Vieira, que a consideram “super-rígida”, exatamente pelo fato de que, excetuando-se a dificuldade de mudança das Constituições rígidas, haveria um núcleo imutável formado por decisões constituintes originárias. Esse núcleo não teria conteúdo expressamente definido, comportando, assim, diversas definições. O dispositivo citado estabelece o seguinte:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

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

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

⁴ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2010, p.42.

⁵ As Constituições rígidas são aquelas que apontam a necessidade de procedimentos mais custosos para que se possa alterar o conteúdo da Constituição. Distinguindo, assim, os procedimentos legislativos ordinários dos procedimentos legislativos constitucionais.

IV - os direitos e garantias individuais.

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

Quando é dada ao STF a possibilidade de controlar a constitucionalidade de EC, ele se atribui um papel de suma importância no sistema de governabilidade da nação. No contexto desse trabalho entende-se que o STF pode fomentar a governabilidade observando dois critérios capazes de caracterizar o conceito de governabilidade aqui adotado: (i) Os Ministros não se atentam ao mero exercício de subsunção do fato à norma, considerando outros elementos externos ao quadro normativo; e (ii) Os Ministros demonstram reflexões consequencialistas de seu julgamento com a finalidade de assegurar o bom funcionamento das instituições políticas. Para os fins deste trabalho, não integra o conceito de governabilidade a análise de se os Ministros decidem contra ou a favor das medidas criadas pelo governo. Entendo que o fato da Corte decidir a favor ou contra as leis promulgadas pelo governo somente indica sua posição de governista ou não-governista (pró ou contra o governo em vigência), algo que, no presente trabalho, não se enquadra no conceito de governabilidade, pois essa independe do grupo que se encontra no poder. Assim, os conceitos de governabilidade e governismo não se confundem.⁶

A decorrência dessa possível participação no âmbito político institucional tem dois pontos principais. Em primeiro lugar, como causa, a Corte tem o poder de rever as EC e, portanto, tem a capacidade de analisar

⁶ Em seu livro "Supremo Tribunal Federal, jurisprudência política", o professor Oscar Vilhena Viera afirma o papel da Corte como um órgão de manutenção da governabilidade (definida como sendo assegurar a continuidade do regime democrático em seu sentido procedimental). Para o autor haveria casos em que o STF julgou de maneira exclusivamente dedicada a manutenção da governabilidade, como por exemplo, o caso relativo à inconstitucionalidade da Medida Provisória 168. (Oscar Vilhena Vieira. *Supremo Tribunal Federal, jurisprudência política*, 1994, p.143). Já no livro "Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional" de Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, considera-se que governabilidade é a capacidade de manter o governo funcionando de maneira a implementar suas vontades. No caso, destaca-se a supremacia institucional, positivada constitucionalmente, do Executivo frente ao Legislativo. Instrumentos de controle do segundo poder pelo primeiro seriam a chave para burlar certas dificuldades de governar, como aguardar pelo referendamentado do legislativo para certas leis. (Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*, 2001, pp .71-72).

as políticas públicas elaboradas pelos outros Poderes. Em segundo lugar, como consequência, a Corte é inserida em um contexto, no qual o Tribunal eventualmente deve se preocupar com a governabilidade.

Esse segundo ponto está ligado aos resultados das decisões, que podem ser três: Ou o Tribunal julga procedentes a ação (caso em que os dispositivos da EC são inconstitucionais), ou improcedente, ou a julga parcialmente procedente. Isso possibilita o jogo político entre os Poderes, que é considerado a base da governabilidade da nação. Essa afirmação sustenta-se no fato do STF, por meio de suas decisões, contribuir para a consecução dos objetivos do Legislativo e do Executivo ou, em outros casos, dificultar a ocorrência destes objetivos.

A Suprema Corte, portanto, não só adquiriu o poder de decidir diretamente sobre o caráter de organização política do Estado como também tem o poder de controlar a aplicação de políticas públicas positivadas na Constituição. Conforme já abordado, essa apropriação de competências de diferentes Poderes se deve pela extensa descrição constitucional tanto de *Polities* como de *Policies*⁷ na Carta brasileira.

Essa espécie de poder se torna mais polêmica, na medida em que a Suprema Corte tem a competência de julgar as emendas constitucionais quanto a seu mérito⁸. Isso significa que, ao analisarem os incisos do § 4º do artigo 60, os Ministros desenvolvem interpretações mais ou menos restritivas ou ampliativas sobre o conteúdo dos incisos estudados, que podem estar relacionadas à questão de governabilidade demandada na ação. Isso ocorre, pois, são nesses casos em que se conhece a visão dos Magistrados e da Corte sobre a possibilidade de mudança da carta constitucional. A interferência do STF nesses campos se intensifica em virtude da amplitude e da vagueza do texto dos incisos: I (a forma federativa de Estado); III (a separação de Poderes); e IV (os direitos e

⁷ Terminologia adotada pelos professores Cláudio Gonçalves Couto e Rogério Bastos Arantes para indicar que a Constituição brasileira aborda tanto aspectos estruturais do Estado juntamente com as regras do jogo político (*Polity*), quanto políticas públicas (*Policy*), que podem ser encontradas, por exemplo, nas normas programáticas (R.B.Arantes, C.G.Couto, *Constituição, Governo e Democracia no Brasil*, 2006).

⁸ Conforme o que está decidido na ADI 939, abordada mais a frente nesse trabalho.

garantias individuais); todos do § 4º⁹. A questão se coloca ainda mais complexa, uma vez que há estudos que demonstram que a Corte não define o que seriam as cláusulas pétreas.¹⁰

Com essas questões, esse trabalho analisa se e *como* o STF tem apresentado certa preocupação com a governabilidade, por meio do estudo das decisões de controle concentrado de emendas constitucionais.

Visando cumprir esse objetivo, o presente trabalho se estrutura em duas etapas. Primeiramente, mapearei a argumentação da Corte quanto aos incisos do § 4º e buscarei identificar se há problemas na aplicação da interpretação desses incisos. Essa etapa é importante porque são nos argumentos dos temas pétreos que os Ministros discorrem sobre possíveis aspectos de governabilidade do país. Em segundo lugar, o estudo será dedicado a verificar se a Corte como um todo se posiciona como um Tribunal que se preocupa com a governabilidade da República.

2. METODOLOGIA

2.1. ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO

Conforme já mencionado, o presente trabalho busca: (i) entender a argumentação dos Ministros sobre os incisos do § 4º, art. 60, CF; (ii) mapear se há problemas na aplicação da interpretação desses incisos; e (iii) esclarecer se o STF vem atuando como um órgão capaz de incentivar a governabilidade do país.

Dessa forma, para melhor abordar o tema, faz-se importante ressaltar que a atuação interpretativa do Supremo Tribunal Federal quanto o artigo 60, § 4º que será analisada nessa tese. Esse recorte é devido,

⁹ O inciso II do § 4º, que trata do voto direto, secreto, universal e periódico, não será analisado devido a seu caráter não abrangente e pouco controverso.

¹⁰ Como o da pesquisadora Carolina Ignácio Ponce. *Definição de Pauta no Supremo Tribunal Federal no Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais nos Governos FHC e LULA*, pp. 45-46.

especialmente, ao fato de que a aplicação prática das cláusulas pétreas pode revelar respostas ou, até mesmo, mais complexidades sobre o tema.

Embora apresente três objetivos centrais, o trabalho será apresentado em duas grandes etapas. Na primeira, averiguarei quais são as vertentes argumentativas que o Supremo Tribunal Federal tem usado para descrever os dispositivos petrificados, além de analisar a existência ou não de problemas argumentativos das definições encontradas. Por fim, realizarei uma análise quantitativa e qualitativa, a fim de descobrir como o Tribunal vem se comportando no sistema institucional brasileiro. Buscarei com essas etapas responder se a Corte estaria agindo de forma a contribuir para a governabilidade.

Na primeira etapa, serão analisadas três das diferentes cláusulas pétreas: a forma federativa de Estado; a separação de Poderes; e os direitos e garantias individuais. Esses incisos do artigo 60, § 4º foram escolhidos por demonstrarem maior amplitude e dúvidas a respeito de suas abrangências, além de apresentarem controvérsias em sua aplicação pela Corte.¹¹ Vale ressaltar que o inciso II, referente ao “voto direto, secreto, universal e periódico”, não apresenta esses aspectos, pois não é amplo e nem vago.

Ainda sobre essa etapa, é importante esclarecer que partirei da premissa de que a Corte e seus Ministros possuem o ônus de argumentarem sobre o que eles entendem pelos temas petrificados. Ônus deve ser entendido como algo que deve ser feito, mas que tem a possibilidade de não ser realizado, trazendo nessas últimas condições algo negativo. Assim, é considerado, para efeitos desse trabalho, essencial que o Ministro indique, de maneira coerente, determinados parâmetros do conteúdo dos incisos do § 4º do artigo 60 da CF. A indicação unicamente de parâmetros e não de conceitos deve-se à necessidade de que o conteúdo pétreo não seja estritamente definido, pois com isso não haveria uma maleabilidade democrática sobre uma forma rígida de constitucionalismo. Em outras palavras, as cláusulas pétreas precisariam ser, de certa forma, indefinidas para que se protejam

¹¹ Como, por exemplo, nas ADIs 833; 939; 1946; 2024.

em maior ou em menor grau os elementos essenciais da democracia de determinado período, impossibilitando limites constitucionais de um período sobre o outro.¹² Não se afirma, no entanto, que o conteúdo pético não deva ter qualquer norte. Precisa-se de parâmetros coerentemente estabelecidos para identificar a essência do conteúdo petrificado. A palavra “coerentemente” utilizada se refere à organização e justificação dos Ministros ao dissertarem sobre os parâmetros. A necessidade que se exige de coerência justifica-se pelo fato de que a existência de muitos parâmetros em direções opostas equivale a norte nenhum.

A ideia de justificação e norte nos votos de magistrados está muito presente no ambiente jurídico atual.¹³ Está vinculada ao fato de que a legitimidade da Corte como órgão que confere a tutela jurisdicional depende, em grande parte, da apresentação de argumentos que sejam claros e coerentes. Dessa forma, o conceito de ônus argumentativo utilizado nesse estudo é que os Ministros têm de apontar parâmetros capazes de demonstrarem o que eles entendem pelo conteúdo dos dispositivos pétreos, pois quando não o fazem podem gerar conseqüências negativas. Caso o Magistrado realize essa tarefa de se explicar, maior força terá sua decisão, na medida em que será mais compreensível, suprimindo, com isso, um déficit de aproximação, ou seja, suprimindo uma dificuldade de entendimento e compreensão das decisões judiciais por parte das partes por elas afetadas.

Visando analisar tal assunto, buscarei verificar a hipótese de que o STF, em decorrência de sua argumentação, acaba gerando conseqüências problemáticas. Verificarei a questão da interpretação de parâmetros e da governabilidade nos casos de controle de emendas constitucionais.

Tal problema se reflete nos seguintes pontos. Ao remeter-se aos parâmetros das disposições petrificadas na Constituição Federal, os Ministros do STF decidem por ampliar ou restringir a interpretação das

¹² Tais noções podem ser exemplificadas pela insistência tanto na doutrina, quanto na jurisprudência de limitações materiais implícitas ou inerentes à possibilidade de alteração da Constituição via EC. (José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2010, p.68).

¹³ Exemplo de estudo que defende esse argumento é o trabalho de VOJVODIC, Adriana. M., CARDOSO, E.vorah L. C. e MACHADO, Ana Mara F. “Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF”, 2009, pp. 21-44.

cláusulas pétreas. Ao fazê-lo de maneira despreocupada e desordenada, muitas vezes, os Magistrados podem gerar um problema de indeterminação total do espaço reservado à mudança da Carta Constitucional. O legislador reformador teria dificuldade em definir qual seria a matéria passível de emenda constitucional e, conseqüentemente, teria dificuldade de distinguir em certa medida a matéria desse veículo normativo em comparação com outros, gerando um possível entrave na governabilidade, pois não se é possível ter noções do que se pode alterar na Constituição.

Essa problemática foi identificada na ADI-MC 939. Nessa ação o então Ministro Moreira Alves colocava em dúvida exatamente a questão anteriormente citada, preocupando-se principalmente com a amplitude da interpretação do inciso IV de direitos e garantias individuais. De acordo com o Magistrado, a interpretação *lato sensu* desse dispositivo “petrificaria quase toda a Constituição”¹⁴ e limitaria de maneira exagerada o poder do constituinte reformador.

Para analisar se os Ministros estão de fato utilizando parâmetros das cláusulas pétreas que colocam em dúvida o conteúdo material das emendas constitucionais, esse trabalho possui dois momentos. No primeiro, verificarei quantitativamente quais foram os casos em que houve parâmetros de ampliação de dispositivos do artigo 60, § 4º. Nessa parte só será analisada a ampliação interpretativa relativa ao inciso IV dos direitos e garantias fundamentais. Para esse trabalho, considera-se que houve ampliação interpretativa quando o Ministro entende que o conteúdo do inciso IV extrapola o parâmetro mínimo definido como o Título II da Constituição Federal “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”¹⁵. Com isso, apontarei os casos em que os Ministros, por via interpretativa, ampliaram o universo dos artigos presentes nesse Título da Constituição. O recorte de se analisar apenas o inciso IV do § 4º, nessa etapa do trabalho, se deve pelo fato desse inciso ser o mais questionado nas ações analisadas.

Em um segundo momento, estudarei a argumentação dos Magistrados, quando essa existir, em busca de argumentos como o do

¹⁴ ADI-MC 939, relator Sydney Sanches, julgada em 17.12.93, p. 2032 do acórdão.

¹⁵ Dos artigos 5º a 17 da Constituição Federal de 1988.

Ministro Moreira Alves, na ADI-MC 939, que afirma o perigo de se petrificar toda a Constituição com um parâmetro interpretativo muito amplo. Em outras palavras, verificarei se os Ministros consideram as conseqüências do uso de parâmetros muito amplos e imprecisos no caso de interpretação das cláusulas pétreas.

Por fim, como já assinalado na introdução desse trabalho, a última etapa do presente estudo enfoca a análise do controle de constitucionalidade das cláusulas pétreas pelo STF. Por meio do exame dos incisos do § 4º do artigo 60, da CF, a Suprema Corte acaba influenciando nas políticas governamentais que são objeto das ECs, podendo ou não fomentar a governabilidade do Estado. Vale lembrar que governabilidade, nesse trabalho, é entendida pela conjugação de dois critérios: (i) Os Ministros não se atentam a mera subsunção da norma, considerando outros elementos externos ao quadro normativo; e (ii) Os Ministros demonstram reflexões consequencialistas de seu julgamento com a finalidade de sustentar com maior eficácia as instituições políticas.¹⁶

Um exemplo dessa preocupação sobre elementos consequencialistas da Corte pode ser observado na ADI-MC 2031 no voto do Ministro Nelson Jobim¹⁷. O Magistrado considerava que as medidas orçamentárias que criavam títulos de crédito para suprir possível déficit da Saúde eram positivas, pois, caso contrário, não haveria recursos para tal área, já que o imposto da CPMF não vigorou por seis meses. Esse foi um dos pontos essenciais de sua argumentação para julgar improcedente a ofensa quanto à abolição da instituição do título de crédito.

O estudo dessa etapa tem como foco as ADIs que questionam dispositivos de Emendas Constitucionais à Constituição Federal com os temas de direito material: Tributário e Previdenciário¹⁸. Esse recorte se

¹⁶ Relembrando que nesse trabalho não se confundem os conceitos de governabilidade e governismo.

¹⁷ ADI-MC 2031, relator Octavio Gallotti, julgada em 28.06.02, pp. 453-458 do acórdão

¹⁸ No decorrer desse trabalho farei uso de classificações do direito material. Para melhor ilustrá-las apresentarei a que casos me refiro quando trato de cada uma. No tema de *tributário* estão as ações que buscaram criar e prorrogar impostos, como a CPMF. No tema de *previdenciário* encontram-se as ações que tentaram estabelecer um teto máximo do valor pago pelo INSS como benefício; estabelecer o regime geral de previdência para os cargos em

deve pelo fato desses dois temas serem a maioria do universo amostral desse trabalho¹⁹. Outra justificativa é o fato de ser mais nítido de analisar a governabilidade em temas que envolvem a disputa entre os interesses relacionados ao erário público e os direitos individuais ou coletivos.

A análise de governabilidade nessa etapa da tese ocorrerá também de duas maneiras. Uma por meio da coleta de argumentos que representem a preocupação dos Ministros sobre dados de impacto de suas decisões sobre o erário público, como ocorreu com o voto do Ministro Nelson Jobim citado anteriormente. Outra será contabilizar quantas ações o STF julgou de maneira favorável à preservação da medida gerada pelo governo (governismo). Com esse resultado pretendo saber se o STF age de forma a contribuir para a governabilidade em casos que envolvem o erário público.

2.2. UNIVERSO AMOSTRAL

O objeto de estudo dessa monografia é a análise da posição de governabilidade do Supremo Tribunal Federal em relação ao uso argumentativo das cláusulas pétreas e, indiretamente, sobre o conteúdo material das emendas constitucionais. Para alcançar tal objetivo, o universo amostral selecionado para esta monografia é exclusivamente composto por acórdãos do STF. A busca deste universo de pesquisa aconteceu no rol de acórdãos disponibilizados no site "www.stf.jus.br". Utilizei a seguinte palavra chave: *Emenda adj Constitucional*.

comissão; estabelecer mudanças no contrato de trabalho dos servidores públicos por meio da aplicação da CLT; e estabelecer mudanças no regime dos servidores públicos inativos. No tema *orçamentário* estão as ações que ou dispuseram da aplicação do Fundo de Estabilização Fiscal, ou trataram da destinação de parte das receitas de todos os entes políticos para a educação fundamental. No tema de *administrativo* está a ação que versou sobre o sistema de pagamento de precatórios. Por fim, no tema *político/forma de governo* estão as ações que mudam a disposição sobre o referendo constitucional, que mudaram o sistema de reeleição de cargos do executivo, que mudaram critérios de formação de município, que criaram instituições, como o CNJ; que modificam a competência de órgãos do Judiciário; que buscam mudar o tratamento normativo das coalizões partidárias; e que modificam a composição das Câmaras de Vereadores.

¹⁹ Os casos analisados que questionavam as matérias de Tributário e Previdenciário são: as ADIs 939; 1946; 2024; 2031; 2666; 2673; 3104; 3105; 3128; as ADI-MCs 926; 939; 1497; 1946; 2024; 2031; 2135; e a ADI-ED 2666.

Ainda para melhor abordar o tema deste trabalho, foi estabelecido um recorte temporal. As ações aqui analisadas foram julgadas a partir da data da promulgação da Constituição de 1988, 05/10/1988, até a data de 01/01/2011. Esse último marco de delimitação se faz necessário, devido ao escasso tempo de consecução desse estudo, e considerando-se que a interminável busca de acórdãos poderia prejudicar a redação do trabalho. Já o marco da Constituição de 1988 se justifica, pois é a partir dessa Constituição que se colocam as chamadas cláusulas pétreas²⁰.

As decisões da Corte estudadas nesse trabalho englobam julgamentos de cautelares; de mérito; e ainda embargos de declaração das ações. A escolha por essa amostra de acórdãos se deve pelo fato de que, muitas vezes, os Ministros acabam por decidir temas importantes dos casos em sede de cautelar ou até mesmo de embargos de declaração, uma vez que muitos argumentos chave aparecem nesses momentos processuais e não apenas nas decisões de mérito.

Outro recorte proposto é o de focar o estudo dos acórdãos no julgamento de ações de controle abstrato de constitucionalidade. Este destaque se faz necessário, uma vez que nas ações de controle abstrato (ADI; ADC; ADO; ADPF) é que se impugnam diretamente a constitucionalidade de normas jurídicas²¹. Outra delimitação foi feita dentro desse recorte. Selecionei, em meio a essas ações de controle constitucional abstrato, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs). Tal delimitação justifica-se pelo fato de serem as ADIs as responsáveis pela análise abstrata e direta da inconstitucionalidade das normas jurídicas. Também foram selecionadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs), pois essas ações são um importante instrumento de governabilidade, na medida em que são responsáveis por sanar controvérsias judiciais (artigo 14, inciso III, da lei 9.868/99).

²⁰ Artigo 60, § 4º da Constituição Federal (§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado; II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação de Poderes; IV- os direitos e garantias individuais.)

²¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIs); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Houve também um recorte dos acórdãos selecionados no que se refere ao dispositivo questionado. Nesse trabalho analisarei somente ADIs e ADCs que se refiram a emendas constitucionais à Constituição Federal de 1988, em sua totalidade ou não. Isto decorre de diversos fatores. Em primeiro lugar, destaca-se o fato de ser por via de EC que os Ministros abordam o tema das cláusulas pétreas. Em seguida, destaca-se que a análise de EC é fundamental para a avaliação de seu conteúdo material interpretativo. Por fim, é por meio das questões de emendamento das cláusulas petrificadas que se verificará o caráter de governabilidade da Corte, corroborando, assim, com o fiel cumprimento do objeto desse trabalho.

Com esses pressupostos esclarecidos, tem-se que a busca pelas decisões de ADIs adotadas nesta monografia dentro do site do STF teve três etapas:

Na primeira etapa, realizei uma busca no site do STF, no item “Processos”, e dentro desse, no item “ADI, ADC, ADO e ADPF”. Nesse instrumento de busca, digitou-se “*Emenda adj Constitucional*”; e se selecionou a busca por “ADI”. O resultado destes dados foi de 571 acórdãos, na data de 24/06/2011. Vale ressaltar que nesse campo amostral havia mais do que ADIs que abordavam o controle de constitucionalidade de EC à Constituição Federal, ou seja, apareceram ADIs que tratavam, por exemplo, de leis derivadas de EC. Desse universo, foram selecionadas apenas 88 ADIs²² que detinham relação com o objetivo dessa monografia, ou seja, eram ações em que se buscava a impugnação direta de emendas constitucionais à Constituição Federal de 1988. A identificação dos acórdãos de dentro do universo das 571 decisões encontradas ocorreu mediante a

²² ADI 466; ADI 829; ADI 830; ADI 833; ADI 913; ADI 926; ADI 928; ADI 935; ADI 937; ADI 939; ADI 941; ADI 947; ADI 949; ADI 950; ADI 1420; ADI 1497; ADI 1501; ADI 1749; ADI 1805; ADI 1946; ADI 2009; ADI 2024; ADI 2025; ADI 2027; ADI 2031; ADI 2033; ADI 2046; ADI 2051; ADI 2096; ADI 2135; ADI 2159; ADI 2199; ADI 2242; ADI 2356; ADI 2362; ADI 2388; ADI 2395; ADI 2445; ADI 2563; ADI 2666; ADI 2673; ADI 2732; ADI 2760; ADI 2883; ADI 3099; ADI 3104; ADI 3105; ADI 3128; ADI 3133; ADI 3138; ADI 3143; ADI 3172; ADI 3184; ADI 3291; ADI 3297; ADI 3308; ADI 3363; ADI 3367; ADI 3392; ADI 3395; ADI 3423; ADI 3431; ADI 3472; ADI 3486; ADI 3493; ADI 3520; ADI 3529; ADI 3653; ADI 3684; ADI 3685; ADI 3686; ADI 3843; ADI 3800; ADI 3854; ADI 3855; ADI 3867; ADI 3872; ADI 3998; ADI 4014; ADI 4165; ADI 4282; ADI 4307; ADI 4310; ADI 4357; ADI 4372; ADI 4400; ADI 4425.

leitura, principalmente, mas não exclusivamente, do informativo do site de “Acompanhamento Processual”, no campo “Dispositivo Legal Questionado”.

Na segunda etapa, requisitei, por email disponibilizado no site do STF,²³ que me respondessem: “Quais foram as ADIs propostas com o objetivo de impugnar qualquer dispositivo de Emendas Constitucionais?”. Selecionei, também, o quesito de “Legislação pertinente e/ou maiores informações”, onde informei que o tipo normativo interessado era o de “Emendas Constitucionais da Constituição Federal de 1988”. Destaca-se que a ferramenta de solicitação via email foi realizada por meio do link “Atendimento STF” na especificação da “Central do Cidadão e Atendimento”, onde preenchi o “Formulário Eletrônico” com os campos citados acima. A resposta do email foi recebida no dia 26/07/2011. No documento constava que a busca das decisões solicitadas ocorrera em todo o site do Tribunal, e que se focalizou somente nas ações já julgadas. Chegando, com isso, ao número de 690 acórdãos. Vale observar que neste universo existiam ações não compatíveis com esse trabalho, como, por exemplo, acórdãos que só questionavam dispositivos de emendas constitucionais às diferentes Constituições Estaduais. Esses casos foram excluídos, porque o que importa para esse trabalho são apenas as ações que buscam a impugnação direta de emendas constitucionais à Constituição Federal de 1988. A identificação da adequação ou não das ações ao objeto desse estudo ocorreu de maneira diversa da etapa anterior. Nessa etapa foram analisadas as ementas dos casos, o que me levou à delimitação de 39 ADIs.²⁴

Na terceira etapa de busca, visando coletar todos os acórdãos que tenham pertinência com esse trabalho, também levei em consideração o universo amostral de 79 ADIs²⁵ encontradas na monografia “O perfil das

²³ Essa solicitação foi registrada no site do STF sob o nº. 22124.

²⁴ ADI-MC 2356; ADI-REF-MC 4307; ADI-ED 3685; ADI 3104; ADI-MC 2135; ADI 2395; ADI 2024; ADI-ED 2666; ADI 2883; ADI 2760; ADI 3685; ADI-MC 3472; ADI 3367; ADI 3128; ADI 3105; ADI 2159; ADI 1946; ADI 2031; ADI 2666; ADI 2242; ADI 1749; ADI-MC 2024; ADI-MC 2031; ADI-MC 1946; ADI-MC 1805; ADI-MC 1749; ADI-MC 1497; ADI-MC 1420; ADI-QO 926; ADI 939; ADI-MC 949; ADI-MC 939; ADI-MC 926; ADI-MC 913; ADI-MC 949; ADI-MC 944; ADI 829; ADI 833; ADI 830.

²⁵ ADI 466; ADI 829; ADI 830; ADI 833; ADI 913; ADI 926; ADI 928; ADI 935; ADI 937; ADI 939; ADI 941; ADI 947; ADI 949; ADI 1420; ADI 1497; ADI 1501; ADI 1749; ADI 1805; ADI 1946; ADI 2009; ADI 2024; ADI 2025; ADI 2027; ADI 2031; ADI 2033; ADI 2046; ADI 2047; ADI 2051; ADI 2055; ADI 2096; ADI 2135; ADI 2199; ADI 2242; ADI

associações de classe no controle constitucional de emendas constitucionais” de André J. Rosilho²⁶.

Após esses passos, realizei o cruzamento entre os três universos descritos nas etapas anteriores de forma a somente excluir as ações que se repetiam. Essa tarefa me levou a um universo de 110 acórdãos. Destas decisões, busquei as que já haviam sido julgadas e descartei: (i) os casos que aguardavam julgamento em qualquer momento processual²⁷; (ii) os casos que foram declarados prejudicados²⁸; e (iii) os casos que não foram conhecidos²⁹. Fiz essas exclusões com base na leitura de ementas; da íntegra de alguns acórdãos; e da ferramenta de “Acompanhamento Processual”, todos disponibilizados no site do STF.

Por fim, com esses cruzamentos e exclusões, cheguei ao universo final de ADIs desse trabalho: 30 acórdãos³⁰.

Observa-se que no caso da pesquisa das ADCs não consegui encontrar nenhum julgado que questionava dispositivos de EC. Dessa forma, seria impossível analisar a questão das cláusulas pétreas no âmbito das ADCs, motivo pelo qual não adicionei nenhuma ADC ao universo amostral final desse trabalho. Conclui-se, com isso, que o universo final de análise dessa monografia se limita aos 30 casos citados na busca das ADIs.

2356; ADI 2362; ADI 2388; ADI 2395; ADI 2445; ADI 2563; ADI 2666; ADI 2673; ADI 2732; ADI 2760; ADI 2883; ADI 3099; ADI 3104; ADI 3105; ADI 3128; ADI 3133; ADI 3138; ADI 3143; ADI 3172; ADI 3184; ADI 3291; ADI 3297; ADI 3308; ADI 3363; ADI 3367; ADI 3392; ADI 3395; ADI 3423; ADI 3431; ADI 3432; ADI 3472; ADI 3486; ADI 3493; ADI 3520; ADI 3529; ADI 3653; ADI 3682; ADI 3684; ADI 3685; ADI 3686; ADI 3800; ADI 3843; ADI 3854; ADI 3855; ADI 3867; ADI 3872.

²⁶ André Janjácómo Rosilho. *O perfil das associações de classe no controle constitucional de emendas constitucionais*, 2007, p. 18. Esse trabalho está disponível em: < www.sbdp.org.br>. Acessado em 09/09/2011.

²⁷ Esse recorte se deve pelo fato de que, para a análise deste trabalho, é preciso haver a possibilidade de leitura das decisões dos Ministros, sendo essa leitura em qualquer sede: cautelar; mérito; embargo.

²⁸ Nesses casos não é possível analisar a argumentação dos Ministros a respeito do dispositivo questionado.

²⁹ Não se observou esses casos pelos mesmos motivos expostos nos outros dois tópicos passados: não há possibilidade de leitura das decisões sobre o caso, pois este não fora debatido quanto a seu dispositivo questionado no âmbito do mérito.

³⁰ ADI 829; ADI 830; ADI 833; ADI-MC 926; ADI-MC 939; ADI 939; ADI-MC 1420; ADI-MC 1497; ADI-MC 1749; ADI-MC 1805; ADI-MC 1946; ADI 1946; ADI-MC 2024; ADI 2024; ADI-MC 2031; ADI 2031; ADI-MC 2135; ADI-MC 2356; ADI 2395; ADI-ED 2666; ADI 2666; ADI 3104; ADI 3105; ADI 3128; ADI 3367; ADI-MC 3395; ADI-MC 3472; ADI-ED 3685; ADI 3685; ADI-REF-MC 4307.

3. COMO O STF UTILIZA SEU ÔNUS ARGUMENTATIVO PARA INTERPRETAR AS CLÁUSULAS PÉTREAS.

Conforme explicitado na metodologia, essa primeira parte do trabalho buscará destacar o ônus argumentativo dos Ministros do STF quanto a três diferentes incisos do artigo 60, § 4º. Serão abordados os entendimentos do STF sobre a forma federativa de Estado; a separação de Poderes; e os direitos e garantias individuais. Ressalta-se que realizarei uma análise qualitativa. O objetivo dessa espécie de estudo está em mapear as principais correntes e parâmetros argumentativos do Supremo Tribunal Federal no que se refere aos temas analisados.

A seleção dos acórdãos abordados nessa parte do trabalho seguiu alguns pressupostos³¹. Em primeiro lugar, destaquei os acórdãos em que pelo menos um Ministro buscou apresentar algum parâmetro sobre o que seria a cláusula pétrea questionada. Em segundo lugar, se esse posicionamento do Ministro ou da Corte é algo inédito, excluindo-se a análise de casos em que os Magistrados somente fizeram uso de entendimentos anteriores. Dessa forma, será possível apresentar os principais entendimentos da Corte sobre cada tema.

O intuito de apresentar as diferentes definições não é o de esgotar o tema chegando a uma classificação única do núcleo pétreo, pois esta não existe e nem deve existir. Essa afirmação se fortalece com a pesquisa de Carolina Ignácio Ponce apresentada à Escola de Formação, da Sociedade Brasileira de Direito Público. Na ocasião a pesquisadora realizou um estudo nos casos sobre EC do limite temporal dos governos FHC e Lula. Após apresentar os dados encontrados, a autora concluiu o seguinte:

“(...) o que se denota é que apesar da tentativa dos Ministros em estabelecer um raciocínio, de certa forma, objetivo,

³¹ Lembrando que a seleção de casos para essa etapa do trabalho ocorreu dentro do rol de acórdãos do STF destacados como o universo amostral da pesquisa.

para estabelecer qual a amplitude das cláusulas pétreas, na grande maioria das conceituações são utilizados argumentos de autoridade, ou seja, doutrinas jurídicas, que são aplicadas ao caso concreto. No entanto, doutrinas são construídas para conceituar os institutos de forma genérica. Assim, a conceituação da amplitude e alcance das cláusulas pétreas ainda persiste abstrata e ampla, numa aparente tentativa de mascarar argumentos para se chegar à conclusão que se deseja. O que se percebe é que a conceituação de qual a amplitude e do que são as cláusulas pétreas, por vezes, terminam por ditar os resultados dos votos ainda que de forma pouco clara.

Portanto, o contexto do caso concreto, o contexto da aprovação da emenda e as implicações fáticas de sua revogação em sede de controle de constitucionalidade abstrato, é que ditarão a real dimensão destas cláusulas, quando os prejuízos da suposta inconstitucionalidade forem maiores ou menores em relação à sua manutenção no ordenamento".³²

Dessa forma, como já explicado anteriormente o intuito de apresentar os argumentos dos Ministros se encontra em dois planos. Primeiro o de demonstrar se há ou não problemas devidos às suas argumentações, fato que só pode ser executado se houverem argumentações a respeito dos temas pétreos. Segundo, visa-se abordar os argumentos de ordem consequencialistas dos Ministros para ajudar a caracterizar a possível preocupação da Corte com a governabilidade. Ambos os objetivos, como se nota, só podem ser concretizados a partir da análise dos argumentos dos Ministros.

Assim, com a realização dessa etapa do trabalho teremos os pressupostos necessários para a apresentação da seguinte etapa. Isto ocorre, pois tendo os parâmetros dos Ministros sobre o conteúdo das cláusulas pétreas poderemos observar outros dois planos: Se o norte dos dispositivos petrificados não acarreta problemas indiretos em sua aplicação, como no caso já citado do conteúdo material interpretativo de emendas à Constituição Federal de 1988; e se os parâmetros já contêm em si mesmos algum caráter de preocupação com o fomento de governabilidade, no sentido de que as interpretações dos temas intangíveis podem conter

³² Carolina Ignácio Ponce. *Definição de pauta no Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade de emendas constitucionais nos Governos FHC e Lula*, 2009, pp. 45-46.

intrinsecamente um caráter de viabilizar aspectos práticos de decisões político institucionais.

Após a explicação da necessidade da análise desse primeiro momento, levanta-se uma dúvida. Há que se explicar uma das peculiaridades do debate das cláusulas pétreas, qual seja, a interpretação sobre a expressão “tendente a abolir”.

3.1. A EXPRESSÃO “TENDENTE A ABOLIR”

Para se analisar a argumentação de parâmetros dos Ministros do STF a respeito de temas específicos das cláusulas pétreas faz-se fundamental atentar para o entendimento da Corte quanto à expressão destacada no § 4º do artigo 60: “tendente a abolir”. O dispositivo citado afirma que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir” (grifo meu).

Diante da redação do parágrafo os Ministros indagam sobre qual seria a abrangência do verbo abolir e, posteriormente, a questão da tendência a abolir. Assim, essa análise se justifica pela dúvida não só dos Magistrados, como também da doutrina em apresentar um significado exato para a expressão.

Ao se observarem os acórdãos da Corte, é possível verificar os problemas sobre o tema, e respectivamente, suas soluções jurisprudenciais. Essas soluções foram desenvolvidas em dois momentos diferentes de interpretação.

Em um primeiro momento, o dispositivo antes citado gera dúvidas quanto à abrangência do verbo abolir. A pergunta inicial à Corte é se a atuação das cláusulas pétreas se dirige a toda e qualquer alteração aos temas elencados como pétreos. Caso a resposta a essa pergunta fosse positiva, acarretaria a séria consequência de se proibir definitivamente a deliberação de certos assuntos em todos os níveis jurídicos nacionais, já que nem se quer a Constituição poderia ser alterada.

Um exemplo dessa problemática ocorre logo nos primeiros julgados de emendas constitucionais pelo STF, como no julgamento conjunto das ADIs 829; 830; e 833. Nesses casos o Partido da Reedificação da Ordem Nacional (PRONA), o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e o Governador do Estado do Paraná questionaram o Congresso Nacional devido à edição da EC de número 2, de 25 de agosto de 1992. Os demandantes buscavam impugnar o artigo único e seus parágrafos. O dispositivo dispunha sobre a data e a competência de organização do referendo constitucional sobre forma de governo. A peculiaridade do caso estava no fato do dispositivo alterado se encontrar no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

A questão da imutabilidade das cláusulas pétreas aparece de maneira clara na síntese dos argumentos dos demandantes feita pelo Ministro relator Moreira Alves³³. Segundo o Magistrado a pergunta era se o ADCT seria “imune ao poder de reforma”. A palavra “imune” é o reflexo da dúvida sobre a abrangência da proibição dos dispositivos pétreos, pois, conforme utilizada nesse caso, ela significava toda e qualquer mudança nos dispositivos petrificados.

A resposta sobre a questão é trazida no mesmo julgamento pelo próprio Ministro relator³⁴. Ao comparar o sistema pétreo brasileiro com o caso alemão, o relator Moreira Alves afirma:

“No Brasil, em que se adota uma fórmula mais mitigada – a de não se admitir proposta de emenda tendente a abolir (o que implica dizer que não há imutabilidade absoluta, mas proibição de alteração que demonstre tendência à abolição dos princípios previstos nos quatro incisos do § 4º do artigo 60 da Constituição)-, tem-se que admitir, no mínimo, que as cláusulas pétreas, por serem princípios excepcionais, são normas de interpretação restritiva (...)”.³⁵

Esse mesmo entendimento foi utilizado nos mais diversos acórdãos que traziam o questionamento apontado. Resumidamente, o

³³ ADI 829; relator Moreira Alves, julgada em 14.04.93, p.77 do acórdão.

³⁴ Ibidem, pp.87-89 do acórdão.

³⁵ Ibidem.

posicionamento jurisprudencial do Tribunal nesse primeiro período, era de considerar somente o verbo “abolir” como sendo a proibição de se extinguir completamente os temas expressos nos incisos do dispositivo do artigo 60, possibilitando, assim, a sua alteração.

Já se faz possível com essa resposta do STF perceber a preocupação da Corte com a possibilidade de tomadas de decisões governamentais, na medida em que se possibilitou a alteração das cláusulas pétreas ao invés de torná-las totalmente imutáveis. No entanto, seria esse um pensamento preponderante até os dias de hoje na Corte? A resposta se encontra no segundo momento da interpretação da expressão.

Se em um primeiro momento a Corte entendeu que se podem alterar alguns pontos do § 4º do artigo 60, promovendo com isso uma abertura de espaço para o Legislador reformador atuar; em um momento seguinte os Ministros desenvolvem um posicionamento de restringir o que antes haviam concedido.

Por meio de uma interpretação mais enfática na expressão “tendente” a Corte passou a decidir de modo discricionário, o que pode ou não ser modificado por emendas constitucionais. Para tal, o STF começou a analisar o que ele como Tribunal considera algo que venha a abolir uma cláusula pétrea ou que não acarrete a sua extinção.

Essa espécie de pensamento ocorreu de maneira mitigada no voto do Ministro Eros Grau, no julgamento conjunto das ADIs 3105 e 3128. Nesses casos, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) questionaram a emenda constitucional de número 41, de 19 de dezembro de 2003. Buscou-se a impugnação do artigo 4º, *caput*, seu parágrafo único, e seus incisos I e II. Tais dispositivos instituíam a cobrança de contribuição previdenciária a servidores públicos inativos, discriminando dentro desse grupo diferentes alíquotas e momentos de incidência. Indagava-se, principalmente, sobre o argumento de o direito dos aposentados ser um direito adquirido (artigo 5º, XXXVI, da CF) e, por isso, seria considerado uma cláusula pétrea, no caso, relativa a “direitos e garantias individuais”.

Em um argumento para declarar constitucional a EC e afastar o argumento de ofensa ao direito adquirido, o Ministro Eros Grau afirmou a ênfase da expressão “tendente”. De acordo com o Magistrado, no caso “Cuida-se de alegada violação a direito, não de sua abolição (=exclusão) do texto da Constituição, no sentido acima indicado.”³⁶

Após o julgamento citado, outro exemplo do novo entendimento é o da ADI 3685. Nesse caso o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) impugnava o art. 2º da emenda à Constituição de número 52, de 8 de março de 2006. O artigo questionado era responsável por alterar o artigo 17 § 1º da CF, positivando uma data para vigorar a mudança quanto ao tratamento normativo das coalizões partidárias estipulado pela emenda.

Nesse caso o Ministro Gilmar Mendes traz o pensamento da ênfase da expressão “tendente a abolir” em seu voto. O Magistrado chega a afirmar:

“É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição (...).”³⁷

Para ilustrar seu pensamento, o Ministro critica a decisão da Corte alemã sobre o caso do questionamento de emenda que estabelecia uma restrição à inviolabilidade do sigilo de correspondências e das comunicações telefônicas e telegráficas. No caso, o Tribunal Alemão decidiu por manter a emenda, realizando, segundo o Ministro do STF, uma interpretação “minimalista” da impossibilidade de mudança constitucional, algo que deveria ser questionado, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes. O Magistrado acaba declarando que tal entendimento, de foco no efeito de erosão, é correto e que deveria ser adotado no caso.³⁸

O mesmo Ministro Gilmar Mendes acaba por defender, mais uma vez, a linha de pensamento de ênfase da “expressão tendente a abolir”. Isto ocorre, no caso da ADI-MC 4307. Nessa ação, o Procurador Geral da

³⁶ ADI 3105; relatora Ellen Gracie, julgada em 18.08.04, p.253 do acórdão.

³⁷ ADI 3685; relatora Ellen Gracie, julgada em 22.03.06, p.263 do acórdão.

³⁸ ADI 3685; relatora Ellen Gracie, julgada em 10.08.06, pp. 263-265 do acórdão.

República questionava a EC 58, de 23 de setembro de 2009. Impugnava-se o artigo 3º, inciso I, que buscava a alteração da composição numérica das Câmaras de Vereadores.

Nessa Medida Cautelar, o ponto principal debatido é a aplicação do artigo 16 da CF³⁹ à promulgação da EC. Entendendo o artigo como uma garantia e direito individual, o Ministro Gilmar Mendes defendeu postergar os efeitos da emenda em virtude do artigo 16, afirmando em seu voto:

“Mas ficando na expressão ‘tendente a abolir’. Tal expressão não significa que nós podemos conviver com uma alteração tópica que não suprime, que não é supressiva. A doutrina que dimana do texto constitucional é que nós não devemos aceitar qualquer proposta que leve à erosão do sistema”.⁴⁰

Depois de tal afirmativa começa um debate entre os Ministros. Nessa discussão é possível observar a concordância da Corte com o posicionamento adotado quanto à expressão. O Ministro Dias Toffoli resume o pensamento como “O tendente aí é, na versão popular, onde há fumaça há fogo”. O Ministro Carlos Britto também colabora ao afirmar “O tendente é que tem inclinação, vocação, potencialidade para corroer a substância (...)”. A seguir, o Ministro Gilmar Mendes conclui que a expressão “tendente a abolir” é “(...) quebrar a força, a eficácia do sistema protetivo” e que “isso já significa uma emenda, ou um projeto de emenda inconstitucional”. Para consolidar o entendimento, a Ministra Cármen Lúcia, nesse mesmo debate, vai mais longe. A Magistrada afirma que o legislador reformador não poderia sequer deliberar sobre EC tendente a abolir qualquer cláusula pétrea.

Dessa forma, percebe-se que o Tribunal apresenta o entendimento de que é inconstitucional toda e qualquer deliberação de emenda constitucional que tenda à abolição de uma das cláusulas pétreas. Tal entendimento favorece um aumento de poder de revisão da Corte. Com o aumento da área de participação do legislador reformador, o STF prontamente

³⁹ 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.

⁴⁰ ADI-MC 4307; relatora Cármen Lúcia, julgada em 11.11.09, p. 200 do acórdão.

aumentou a sua própria área de participação como fiscal de decisões do Congresso Nacional. Por meio de sua atual jurisprudência no tema da expressão “tendente a abolir”, o Tribunal ganhou a discricionariedade de decidir o que é tendente a abolir qualquer ponto petrificado da Constituição.

Tendo essa ideia de interpretação em mente, avançarei no mapeamento da jurisprudência do STF. Analisarei nos próximos tópicos o entendimento dos incisos do § 4º do artigo 60, quais sejam: a forma federativa de Estado (I); a separação de Poderes (III); e os direitos e garantias individuais (IV).

3.2. A FORMA FEDERATIVA DE ESTADO

Primeiro apontarei que dentre o universo amostral desse trabalho, 26,7% dos casos questionavam o inciso I de “forma federativa de Estado”. Outro ponto de relevância para o tema é a distribuição de assuntos do direito material dentro dos casos em que se questionava a federação brasileira. A pesquisa revelou que nos casos em que se questionava o inciso I do § 4º do artigo 60, da CF, apresentava-se quase que exclusivamente temas que envolvessem o erário público. Isto ocorre, uma vez que nas ações encontravam-se os seguintes temas: Tributário (com 25% do total de ações sobre federação); Orçamentário (com 25% do total de ações sobre federação); Previdenciário (com 25% do total de ações sobre federação); e por fim Político, quanto à forma e organização do Estado/governo (com 25% do total de ações sobre federação). Esse envolvimento com o erário público pode ser uma possível explicação para o perfil de decisão da Corte quando julga casos sobre forma federativa: a tendência de utilizar argumentos consequencialistas.

Isso se justifica, pois dos casos analisados que envolviam alguma espécie de conflito federativo, pude perceber certa preocupação com efeitos das decisões por parte dos Ministros da Corte.⁴¹ Os Magistrados por várias

⁴¹ Os casos analisados que questionavam a cláusula pétrea da forma federativa de Estado são: ADIs 939; 2024; 2395; 3367; e as ADI-MCs 926; 1420; 1749; 2024.

vezes encaravam argumentos do mundo fático, diferentes do quadro normativo. Como exemplo disso, tem-se o caso do Fundo Social de Emergência, ou o hoje chamado de Fundo de Estabilização Fiscal.

Esse caso apresenta-se na ADI-MC 1420, demandada pelo Partido Liberal (PL). Nesse julgamento o Supremo Tribunal Federal analisava de maneira cautelar a aplicação das expressões relativas ao tempo, dos artigos 1º e 2º, todos da emenda de número 10, de 4 de março de 1996. Esse dispositivo buscava ampliar a data de funcionamento do Fundo Social de Emergência. A controvérsia reside no fato de que a emenda somente foi publicada em março e indicava que o Fundo deveria funcionar nos dois meses anteriores, onde já havia, há dois meses, outro regime funcionando.

No julgamento dessa cautelar a Corte apresentou argumentos consequencialistas de afronta à federação. É no voto do Ministro Maurício Corrêa que se encontra o maior exemplo de cautela sobre as consequências da decisão. No voto, o Ministro determinou a improcedência da medida cautelar. Ele enfatiza as dificuldades financeiras dos Estados como sendo o motivo pelo qual a impugnação do dispositivo questionado deveria ser requerida pelos governadores dos Estados, e não por um partido político,⁴² fato que deslegitimaria o perigo de mora da ação proposta e faz com que o Magistrado declare a improcedência da demanda.

É essa espécie de pensamento consequencialista que os Ministros adotam, na maioria das vezes, para estabelecer o seu entendimento sobre o que seria a forma federativa de Estado protegida pela Constituição. Tal postura torna possível captar um entendimento binário da Corte sobre o tema. Em outras palavras, a divisão de competências entre os entes políticos federados, que nada mais é do que a forma de federação é entendida por dois parâmetros.

No primeiro, cristaliza-se o entendimento interpretativo de que a forma federativa de Estado seria nada mais e nada menos do que as exatas competências explicitadas na Constituição. O constituinte originário teria uma ideia precisa do que ele queria ver protegido como federação e, por

⁴² ADI-MC 1420; relator Néri da Silveira, julgada em 19.12.97, p. 110 do acórdão.

isso, toda disposição constitucional de competências é inalterável, sob pena de se abolir a forma federativa de Estado exposta na CF. Afinal, mais uma vez, para essa corrente do STF a federação protegida é a federação positivada.

Esse pensamento pode ser observado na ADI-MC 926. Nesse caso o Supremo Tribunal Federal julgava de maneira cautelar a aplicação do artigo 2º, § 2º da emenda de número 3, de 17 de março de 1993. Esse dispositivo criava o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF). O ponto questionado determinava a não aplicação da regra da imunidade tributária recíproca; do princípio da anterioridade dos tributos; e do princípio da não comutatividade tributária⁴³.

Nessa mesma ADI-MC, a Corte confrontou-se, também, com o argumento de afronta à federação, sendo o voto do Ministro Néri da Silveira o expoente de reflexão sobre eventos consequencialistas. O Ministro realiza um voto curto, no qual foca a atenção ao princípio da imunidade recíproca como sendo uma maneira de salvaguardar os orçamentos dos estados membros. O Magistrado afirma: “conquanto não reconheça virtude à alegação de que o IPMF não poderia ser cobrado aos estados, porque os orçamentos locais não os prevêem”⁴⁴.

É também nesse voto que o Magistrado Néri da Silveira apresenta o parâmetro de forma federativa de Estado como algo estático, fixo e inalterável. Isso é percebido na parte do voto em que se afirma o seguinte:

“De outra parte, se é certo que cada Federação tem uma fisionomia própria, que lhe imprime o ordenamento constitucional, não menos exato é que o cerne da federação está na divisão de poderes, na partilha de competência entre a União, os Estados-membros e os Municípios, na linha de nossa organização política. A preservação da incolumidade do pacto federativo, assim como definido pelo constituinte, que o assentou, é, pois, tema de primeiro plano na ordem dos princípios fundamentais da Constituição”⁴⁵.

⁴³ ADI-MC 926; relator Sydney Sanches, julgada em 01.09.93.

⁴⁴ Ibidem, p. 212 do acórdão.

⁴⁵ Ibidem, p. 211 do acórdão.

Essa mesma maneira de entender o dispositivo pétreo da forma federativa de Estado se perpetuou no STF durante um primeiro momento, sendo seguida inclusive no julgamento da ADI-MC 1749 pelo Ministro relator. Nessa ação, diversos partidos políticos⁴⁶ questionavam o artigo 5º da EC 14. O dispositivo em questão alterava o art. 60 do ADCT para destinar parte das receitas de todos os entes políticos para a educação fundamental. Isto deveria ser realizado por meio de um Fundo a ser estabelecido por lei.

Em seu voto, o Ministro relator Octavio Gallotti afirma que a cláusula pétreo da forma federativa em questão é “a específica tutela da federação brasileira, nos moldes concebidos pela Carta de 1988”.⁴⁷ Mesmo demonstrando o seguimento do pensamento constante da ADI-MC 926, o ponto de interesse nesse caso é outro. Deve-se ao voto do Ministro Sepúlveda Pertence. O Magistrado acaba por contrariar o relator ao afirmar que não seria qualquer alteração em dispositivos relativos à federação que representaria afronta a cláusula pétreo. Esse entendimento reflete a mudança do paradigma de posicionamento da Corte sobre a matéria de forma federativa, algo que já vinha sendo modificado aos poucos, conforme se abordará a seguir.

No segundo parâmetro de interpretação da Corte, a forma federativa de Estado se encontra protegida em seu sentido amplo, ou seja, protege-se a forma de Estado Federado em detrimento da forma de Estado Unitário. De acordo com essa visão, a cláusula pétreo se restringiria a proteger a federação, podendo existir diferentes espécies dessa forma de Estado. Diante disso é possível afirmar que o constituinte derivado poderia alterar as diferentes competências dos entes políticos, pois ao fazê-lo não aboliria a forma federativa, mas sim a alteraria. Essa é a visão da maioria dos Ministros do STF quando esses decidem, atualmente, que o dispositivo questionado é legítimo para alterar a Carta Magna.

⁴⁶ Partido dos Trabalhadores (PT); Partido Democrático Trabalhista (PDT); Partido Comunista do Brasil (PC DO B); Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB); e Partido Verde (PV).

⁴⁷ ADI-MC 1749; relator Octavio Gallotti, julgada em 24.10.03, p. 68 do acórdão.

Essa linha de pensamento, defendida anteriormente pelo Ministro Sepúlveda Pertence, ressurge mais forte na ADI 3367, o chamado caso do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Nessa ADI, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) buscou a impugnação dos artigos referentes à criação do CNJ⁴⁸. Questionava-se, no âmbito federativo, a questão da independência do Poder Judiciário dos diferentes Estados-Membros em relação a um controle único do Poder. O Ministro que nos exemplifica a utilização do parâmetro citado anteriormente, é o relator, Cezar Peluso. O Magistrado procurou demonstrar em seu voto a constitucionalidade do CNJ como sendo um órgão peculiar de uma possível forma federativa que manteria seu núcleo de federação intacto mesmo com aparelhos governamentais centralizados. Segundo o relator Cezar Peluso, “não é, como tentei demonstrar, imutável o conteúdo concreto da forma federativa.”⁴⁹ O posicionamento do Ministro relator é abraçado mesmo pelos Ministros que retomam parte do entendimento da ADI-MC 926. A Ministra Ellen Gracie é um exemplo que, mesmo considerando a “realidade brasileira, com suas adaptações e acomodações”, acaba por concluir a favor da mudança de competência constitucional do CNJ.

Por fim, chega-se à conclusão de que quando os Ministros do STF julgam o inciso I do § 4º do artigo 60 da CF pode-se esperar a possibilidade de mudanças ou não da Constituição por meio dos dois parâmetros interpretativos expostos acima. É claro que há casos em que os Ministros não se preocupam em definir a qual vertente interpretativa se adere, fazendo, nesses casos, simples menção ao fato de que o dispositivo questionado é constitucional ou não diante do inciso legal, sem explicações mais fundamentadas.

3.3. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

No caso do inciso III, “separação de Poderes”, as ADIs e suas cautelares que envolvem o dispositivo somam 16,7% das ações que

⁴⁸ Artigos 1º e 2º da emenda de número 45, de 30 de dezembro de 2004.

⁴⁹ ADI 3367; relator Cezar Peluso, julgada em 17.03.06, p. 248 do acórdão.

compõem o universo amostral desse trabalho⁵⁰. Descobri, também, que ao se tratar dos acórdãos responsáveis pelo debate da separação de Poderes como cláusula pétrea, tem-se a predominância lógica de um tema de direito material. Tem-se que 80% dos casos analisados versam sobre o assunto jurídico Político, quanto à forma e organização do Estado/governo. Os 20% restantes estão alocados no assunto de direito administrativo.

Além desses dados têm-se uma situação muito parecida com o tópico da forma federativa de Estado. A semelhança dessa cláusula com a que explanei anteriormente se deve ao caráter de seu parâmetro para interpretação, sendo esse restritivo ou ampliativo a depender do caso. No que diz respeito à separação de Poderes têm-se igualmente duas grandes correntes interpretativas. Ocorre, contudo que nesse último caso as duas correntes acabam reunidas em um único significado.

Isso é observado na ADI 3367, analisada no tópico anterior como sendo o caso do CNJ. O fato de essa ação poder ser citada em ambos os tópicos desse capítulo se justifica, pois os dispositivos da EC 45 são questionados tanto com base na forma federativa de Estado, como também com base no dispositivo que assegura a separação de Poderes. Assim, sob a ótica do inciso III, § 4º do artigo 60 questionava-se a criação do CNJ como um órgão fiscalizador do Poder Judiciário que tem membros que não são juristas e que, em alguns casos, quando o são, não seriam magistrados públicos. Exemplos de membros do CNJ que se encaixariam na problemática descrita são: um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal (artigo 103-B da CF).

Dentre essa questão da inconstitucionalidade do CNJ observei que os Ministros do STF adotam uma postura de considerar o desenho institucional

⁵⁰ Os casos analisados que questionavam a cláusula pétrea da separação de Poderes são: ADIs 829; 830; 833; 3367; e a ADI-MC 2356.

da separação de Poderes conforme se encontra na CF, e também que os mesmos Ministros desenvolvem a tese de que tal modelo pode ser alterado devido ao preceito de “checks and balances”⁵¹ que a Carta Magna estabelece. Dessa forma, os Ministros do STF afirmam que ao olhar para a exata positivação da separação de Poderes na Constituição, pode-se entender que se fazem possíveis alterações que visem o equilíbrio das funções do Estado.

O primeiro caso é o do voto do Ministro relator Cezar Peluso, que afirma:

“Ora, é o confronto analítico dos preceitos relativos à organização e ao funcionamento de cada uma dessas funções públicas que permite extrair o conteúdo e a extensão de que se reveste a teoria da separação em nosso sistema jurídico-constitucional. Noutras palavras, é seu tratamento normativo, através de todo o corpo constitucional, que nos dá o sentido e os limites dos predicados da independência e harmonia, previstos no art. 2º.”⁵²

Posteriormente, logo no parágrafo seguinte, o Ministro Peluso indica que o mesmo sistema jurídico-constitucional é responsável por demonstrar outro sistema de “integração e cooperação” dos Poderes, concluindo que “À Constituição repugna-lhe toda exegese que reduza a independência dos Poderes a termos absolutos”. Esse voto é o maior exemplo de como os conceitos de ampliação (devido à possibilidade de mudança do sistema de separação de Poderes, por existirem outras formas de sistema) e restrição (devida à impossibilidade de mudança pelo fato de elementos já positivados) podem se juntar para configurar um só entendimento, que possibilita a mudança entre os Poderes e considera os elementos consequencialistas dessa mudança no sistema constitucional.

⁵¹ A expressão “checks and balances” citada faz referência aos pesos e contra pesos que podem existir na forma de separação de Poderes. Segundo essa linha, a separação entre os Poderes não é algo fixo conforme a vertente clássica de Montesquieu, mas sim algo dinâmico. Em outras palavras, a essa linha ideológica afirma ser possível que haja competências de interação entre os Poderes, sem que isso descaracterize a separação deles. Exemplos de medidas desse gênero encontradas na Constituição brasileira de 1998 são: o poder de veto do Executivo; o poder de impeachment do Congresso Nacional; e o poder de controle de constitucionalidade de leis do Judiciário.

⁵² ADI 3367; relator Cezar Peluso, julgada em 17.03.06, p. 221 do acórdão.

Na mesma ADI o Ministro Eros Grau reforça o posicionamento do Ministro Peluso ao afirmar que “não há um modelo universal de ‘separação’ ou harmonia e equilíbrio entre os poderes (...)”⁵³. O Magistrado age da mesma forma que o relator ao inferir que o sistema brasileiro de separação de Poderes comporta modificações, na medida em que o sistema pátrio tem suas especificidades de independência e equilíbrio. Além do Ministro Eros Grau, o Ministro Joaquim Barbosa afirma o mesmo ao discorrer que “não existe um conceito apriorístico de separação de poderes”. Segundo o Ministro Joaquim Barbosa, a separação de Poderes não passa de um “princípio na Constituição que se pode visualizá-lo concretamente.”⁵⁴, ou seja, que aceita outras condições de equilíbrio e distribuição de funções.

Tendo discorrido sobre o julgado em que a alegação de confronto à cláusula pétrea do inciso III, § 4º do artigo 60 reflete um possível entendimento da Corte quanto ao tema, irei a seguir, expor dois outros aspectos relevantes sobre o tema. Em primeiro lugar, a existência de argumentos relativos à consequência da mudança das disposições de separação dos Poderes que seriam adotadas pelos dispositivos, algo semelhante ao caso da forma federativa de Estado. Em segundo plano, demonstrarei os resultados quantitativos das decisões que, dentre os casos examinados, responderam por mudanças no desenho institucional da separação dos Poderes.

Sobre o primeiro tema, devo dizer que encontrei em todos os acórdãos lidos alguma espécie de análise ou consideração das consequências práticas da mudança de competências de um Poder a outro. Aparentemente, toda vez em que há um caso de separação de Poderes os Ministros do STF buscam entender dois fatores importantes: (i) qual é a alteração no desenho de separação adotado pela Constituição? E (ii) quais são as consequências práticas dessa mudança? Ambas as questões se justificam pela necessidade que os Magistrados têm de entender o impacto das mudanças no sistema constitucional de divisão entre os Poderes. Juntamente com o primeiro ponto, e já abordando o segundo tema, destaco

⁵³ Ibidem, p. 278 do acórdão.

⁵⁴ Ibidem, p. 288 do acórdão.

que nas ADIs estudadas o STF, em 80% dos casos, é a favor das mudanças no âmbito de separação de Poderes. No que dizem respeito à natureza das mudanças, 40% delas afetavam o Judiciário (ADI 3367 e ADI-MC 2356); enquanto 60% das mudanças afetavam o Legislativo (ADIs 829, 830 e 833).

Dessa forma, citarei alguns votos das ações analisadas para exemplificar melhor essa característica da Corte. Começo pelas ADIs 829, 830 e 833 nas quais, logo no começo do voto do Ministro relator Moreira Alves, se percebe a preocupação de ver os impactos da ação do legislador reformador de mudar a competência que, segundo o demandante da ação (Partido da Reedificação da Ordem Nacional), pertenceria ao Poder constituinte originário. Isso ocorreria, na medida em que se alegava que o ADCT era cláusula pétrea e conseqüentemente que o Congresso não poderia reformar tal grupo de dispositivos. O Ministro Moreira Alves afirma contrariamente ao que se alegava, sendo, portanto, possível que o legislador reformador altere dispositivos encontrados no ADCT. Essa pode ser considerada uma forma de possibilitar a tomada de decisões por parte do Congresso, uma vez que, analisando o efeito da decisão, haveria a não vedação da deliberação dos temas presentes nas disposições transitórias da Carta Magna.

No caso já citado do CNJ, os Ministros que defendiam a criação do Conselho analisam a sua estrutura com a finalidade de prever o impacto prático de sua efetivação. O próprio Ministro relator Cezar Peluso afirma incansavelmente que a inclusão de membros externos a magistratura no Conselho não é motivo de afronta à separação de Poderes. O relator afirma que o fato do CNJ ter membros diferentes em si só o legitima para uma função de fiscalização, levando em conta, assim, argumentos consequencialistas da instalação do órgão como justificativa em seu voto, o qual determina o julgamento.

Por fim, no caso ainda não citado, da ADI-MC 2356 encontrei a seguinte problemática. Trata-se de medida cautelar proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em face da emenda de número

30, de 13 de setembro de 2000, na qual o demandante questiona, mais precisamente, o artigo 2º, que introduz o artigo 78 no ADCT, responsável por modificar o sistema de precatórios, aumentando o tempo em que esses deveriam ser pagos pelo poder público. Os Ministros, em sua maioria, buscaram analisar o impacto de tal dispositivo. Declara-se que o legislador posicionou a alteração em detrimento de decisões judiciais. Isso se deve pelo fato de a EC, por meio das novas regras sobre o sistema de precatórios, revogaria uma série de decisões judiciais que já condenavam o Estado, pelas regras anteriores. No voto do relator Néri da Silveira já se percebe a análise das implicações que a mudança das regras teria no âmbito das decisões jurídicas já realizadas.⁵⁵ O voto do Ministro é seguido, e a Corte com base nessa justificativa julga contrária essa consequência da alteração buscada pela EC 30.

A partir do que foi apresentado, é possível concluir o parâmetro de que ao julgar casos que questionam a “separação de Poderes” o STF busca, na medida do possível, deixar uma margem de possibilidade para se poder eventualmente reformar a Constituição. A Corte desenvolveu um entendimento que, somado com a análise prática da implicação da reforma, é vetor essencial para a tomada de decisões políticas pelos demais Poderes.

3.4. OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

O inciso dos “direitos e garantias individuais”⁵⁶ é o que comporta maior número de interpretações diferentes. Uma possível explicação para isso está no fato de que 60% dos casos analisados no universo total desse trabalho abordavam o tema⁵⁷, uma percentagem maior do que os outros dois incisos já analisados juntos.

⁵⁵ ADI-MC 2356; relator Néri da Silveira, julgada em 25.11.10, pp.69-90 do acórdão.

⁵⁶ §4º- Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV – os direitos e garantias individuais.

⁵⁷ Os casos analisados que questionavam a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais são: ADIs 939; 1946; 2666; 2673; 3104; 3105; 3128; 3367; 3685; as ADI-MCs 939; 1420; 1497; 1805; 1946; 2135; 2356; 4307; e a ADI-ED 2666.

Da mesma forma que nos últimos tópicos, foram coletados dados sobre a composição de ramos de direito material no caso. A disposição dos ramos nas ADIs que versam sobre o inciso IV, § 4º do artigo 60 ocorre da seguinte forma: Tributário com 33,3%; Previdenciário 33,3%; Político, quanto à forma e organização do Estado/governo 22,2%; Orçamentário 5,5%; e Administrativo 5,5%.

Outro dado quantitativo relevante diz respeito à frequência com que os Ministros tentam a estabelecer parâmetros do que seriam os “direitos e garantias individuais” positivados como cláusulas pétreas. Descobri que somente 16,7% das ações é que contêm alguma espécie de norte do tema. Não se considera que há um norte sobre o teor do inciso nos casos em que os Ministros se restringem a dizer se determinado artigo faz parte ou não do dispositivo pétreo. Assim, foram considerados somente os casos em que algum Magistrado tenta estabelecer parâmetros do conteúdo do inciso IV.

A análise sobre os parâmetros argumentativos da cláusula responsável por proteger direitos e garantias será feita em cada um dos casos dentro do universo dos 16,7% de julgados citados acima. Com isso, como já realizado em tópicos anteriores, abordarei somente os casos em que há alguma noção interpretativa capaz de explicitar o conteúdo do tema petrificado.

O primeiro julgado em que aparece algum parâmetro do conteúdo dos “direitos e garantias individuais” é o da ADI 939. Esse caso é conhecido como sendo o primeiro em que o STF declarou ter a competência de exercer o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no âmbito material e não apenas no âmbito formal. Nesta ADI, a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio buscava impugnar a criação do imposto do IPMF, criado pela emenda de número 3, de 17 de março de 1993. A demandante questionava o conteúdo do § 2º do artigo 2º e o *caput* do mesmo artigo. As alegações eram basicamente as mesmas propostas pela ADI-MC 926, quais sejam, a inobservância de certos dispositivos pétreos como a regra de que os entes federados não se tributam entre si,

atacando o sistema Federativo; o princípio da anterioridade dos tributos, e o princípio da não comutatividade tributária.

É nessa ação que o grande problema de estabelecer noções do que seriam os “direitos e garantias individuais” começa. Isso ocorre devido ao consentimento da Corte quanto ao fato do núcleo do inciso IV das cláusulas pétreas não estar restrito ao artigo 5º da CF. Essa afirmação é unânime, na medida em que o § 2º do artigo citado dispõe o seguinte: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Com isso, o primeiro Ministro que tentou encontrar um parâmetro para os direitos e garantias individuais é o relator Sydney Sanches. Segundo o Magistrado o conteúdo do dispositivo petrificado deve estar ligado “às esferas biológica, psicológica e espiritual do ser humano” contendo ainda caráter “universal e intemporal”.⁵⁸ O Ministro também oferece uma perspectiva do que, para ele, não seria uma definição correta. Para o relator, qualquer conceituação que busque definir os “direitos e garantias individuais” como sendo todos os dispositivos constitucionais encontrados no Título II da Carta Magna estaria equivocada. O Ministro se utiliza do argumento de que caso tal definição seja utilizada se tornaria muito difícil a atividade do constituinte reformador, afirmando que a utilização da interpretação criticada “significaria a quase completa eliminação do poder de revisão”.⁵⁹

Após essa tentativa de interpretar o dispositivo atribuindo-lhe um significado, é a vez do Ministro Carlos Velloso apresentar o seu posicionamento sobre o que deveria constar como conteúdo do inciso IV, § 4º artigo 60.

Isso ocorre na ADI-MC 1497, ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) para questionar a criação do tributo da Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira (CPMF),

⁵⁸ ADI 939; relator Sydney Sanches, julgada em 18.03.94, pp.167-170 do acórdão.

⁵⁹ Ibidem.

por meio da impugnação da EC de número 12, de 15 de agosto de 1996, responsável por incluir o artigo 74 do ADCT, e criar o tributo.

Com tal contexto o Ministro Carlos Velloso, almejando indeferir a cautelar, apresenta seu norte de direitos e garantias individuais. Para o Ministro esse tema petrificado se encontra positivado: nos “fundamentos” do artigo 1º; nos “objetivos fundamentais” do artigo 3º; nos “princípios” do artigo 4º; e nos direitos enunciados no *caput* do artigo 5º. Observando que, o Ministro afirma a inclusão dos incisos do artigo 5º, pelo fato desses serem desdobramento dos direitos descritos em seu *caput*.⁶⁰ Além desse rol de dispositivos, o Ministro apresenta uma série de critérios doutrinários para elencar os direitos fundamentais faltantes.

O Magistrado cita três autores que apresentam critérios para nortear o conteúdo dos “direitos e garantias individuais”. O primeiro, é Maurice Crasston, que determina que um direito fundamental é um direito humano por definição; é um direito moral universal; algo que todos os homens em toda parte, em todos os tempos, devem ter; algo do qual ninguém pode ser privado sem uma grave ofensa à justiça; algo intrínseco ao ser humano. O segundo autor é F.G. Jacobs, com os seguintes critérios: o direito deve ser fundamental; o direito deve ser universal, nos dois sentidos de que é universal ou muito generalizante reconhecido e que é garantido a todos; o direito deve ser suscetível de uma formulação suficientemente precisa para dar lugar a obrigações da parte do Estado e não apenas para estabelecer um padrão. Por fim, o autor Alston apresenta seis critérios: refletir um fundamentalmente importante valor social; ser relevante, inevitavelmente em grau variável num mundo de diferentes sistemas de valor, ser elegível para reconhecimento com base numa interpretação das obrigações estipuladas na Carta da ONU, numa reflexão a propósito de normas jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais de direito; ser consistente com o sistema existente de direito internacional relativo aos direitos humanos, e não meramente repetitivo; ser capaz de alcançar um muito alto nível de consenso internacional; ser compatível, ou ao menos não

⁶⁰ ADI-MC 1497; relator Marco Aurélio, julgada em 13.12.02, p. 69 do acórdão.

claramente incompatível com a prática comum dos Estados; e ser suficientemente preciso para dar lugar a direitos e obrigações identificáveis.

Ainda no mesmo caso, após o voto do Ministro Carlos Velloso, tem-se a opinião de outro Magistrado sobre o tema. O Ministro Maurício Corrêa ignora o disposto no § 2º do artigo 5º e norteia os direitos e garantias individuais como sendo a “avaliação estrita do artigo 5º e seus incisos”.⁶¹

Por fim, tem-se a ADI 3685. Nessa ação, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) questiona a emenda de número 52, de 8 de março de 2006, quanto a seu artigo 2º, dispositivo responsável por alterar o § 1º do artigo 17 da CF. O tema do dispositivo se refere à condição temporal da mudança do tratamento normativo das coalizões partidárias. Os principais argumentos para se decidir a demanda estão relacionados ao conteúdo do artigo 16 da CF.

Pelo fato dos Ministros discutirem sobre se o artigo citado é ou não um direito ou uma garantia individual dois Magistrados ensaiam alguns pontos interessantes para o estabelecimento de parâmetros do dispositivo pétreo. Primeiramente, o Ministro Ricardo Lewandowski caracteriza o que para ele é o núcleo fundamental do dispositivo. Para o Magistrado o cerne dos direitos e garantias individuais encontra-se no “direito à vida e à segurança, expressamente mencionados no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal”.⁶²

Depois é a vez de o Ministro Gilmar Mendes declarar o que entende sobre o conteúdo da cláusula petrificada. A interpretação do Ministro é a seguinte:

“Estou certo de que o constituinte de 1988, ao estabelecer que os direitos e garantias individuais constituem limites materiais à reforma constitucional, não se restringiu ao elenco do art.5º. Todos os preceitos constitucionais que asseguram direitos e garantias e que, de alguma forma, conferem densidade à dignidade da pessoa humana – entendida esta como conteúdo essencial de todos e cada um dos direitos fundamentais, na concepção de Maunz Dürig – estão abarcados pelo inciso IV do artigo 60 da Constituição e

⁶¹ Ibidem, p. 79 do acórdão.

⁶² ADI 3685; relatora Ellen Gracie, julgada em 10.08.06, p. 222 do acórdão.

consistem, portanto, em barreiras contra o poder de reforma constitucional.

Nesse sentido, não é preciso muito esforço hermenêutico para atestar que, nesse âmbito, estão incluídos os direitos políticos e suas garantias, expressos no Capítulo IV do Título II da Constituição. O Título II da Constituição condensa o que se poderia chamar de núcleo constitucional da cidadania, ao dispor os direitos fundamentais em sua tríplice configuração como direitos civis, sociais e políticos”.⁶³

Com isso pode-se perceber que mesmo que em alguns momentos os Ministros excluam certas noções interpretativas essas podem vir a ser usadas posteriormente. O importante, no entanto, é que mesmo sendo raro, há Ministros que buscam encontrar um determinado parâmetro do conteúdo expresso dos direitos e garantias individuais. Resta, contudo, analisar se o uso indiscriminado ou a ausência de parâmetros dos dispositivos petrificados pode acarretar problemas indiretos em sua aplicação, como no caso já citado do conteúdo material interpretativo de emendas à Constituição Federal de 1988, que será estudado em seguida.

Para concluir, é possível levantar algumas hipóteses do porquê poucos Ministros tentam estabelecer parâmetros que auxiliem na compreensão do conteúdo dos direitos e garantias individuais e porque isso ocorre apenas em alguns casos. Uma possível justificativa da baixa incidência de definições pode ser devida a dois fatores. Primeiro, que é mais fácil que um Ministro simplesmente diga se determinado artigo faz ou não parte do inciso IV do artigo 60, pois a facilidade pode ser um grande atrativo para quem tem uma média muito grande de processos para julgar.⁶⁴ Em segundo lugar, que para manter uma capacidade do legislador reformador o STF escolhe por não interpretar o dispositivo, postura que vem sendo utilizada. Com isso aumenta em hipótese a competência do

⁶³ Ibidem, p. 265 do acórdão.

⁶⁴ Em seu artigo da Revista Direito GV, o professor Marcos Paulo Veríssimo apresenta dados quantitativos do tamanho de carga processual que o STF é responsável por julgar anualmente. O autor mostra que a carga de trabalho dos ministros é enorme chegando a passar dos 100.000 processos por ano. Esses dados podem indicar que a enorme quantidade de ações poderia prejudicar a qualidade das decisões. (Marcos Paulo Veríssimo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à Brasileira”*, 2008).

constituente reformador atuar em mais áreas da CF, uma vez que o legislador tudo pode alterar até passar pelo crivo do STF.

3.4.1. PROBLEMAS DE ARGUMENTAÇÃO

Nesse tópico será abordado se o STF, ao decidir estabelecer ou não parâmetros para os incisos pétreos analisados anteriormente, acaba gerando problemas. Esse tema se pauta relevante, pois, no decorrer da análise dos acórdãos estudados nos tópicos anteriores, descobri a constante ocorrência de alguns problemas de argumentação que os Ministros se deparam ao abordarem os nortes para as cláusulas pétreas.

Com isso espero alcançar o segundo objetivo desse trabalho: identificar possíveis problemas da aplicação da interpretação desses incisos.

Conforme observado anteriormente, os Ministros do STF têm basicamente duas posturas ao julgarem casos que buscam a impugnação de emendas constitucionais: ou indicam se um determinado dispositivo constitucional é pétreo, por meio da simples afirmação de que ele faz parte do § 4º do artigo 60; ou indicam qual é norte do conteúdo interpretativo que consideram pelos dispositivos petrificados, tendo como exemplos os posicionamentos referidos nos tópicos anteriores. Sem se preocupar em avaliar qual das duas posturas é a mais correta, esse tópico tentará demonstrar as problemáticas que podem advir das posturas citadas anteriormente. Para uma abordagem mais aprofundada desse aspecto, eu me ative à análise dos casos do segundo grupo.

Isso ocorre porque toda vez em que os Ministros estabelecem parâmetros pelo que entendem do conteúdo petrificado é possível analisar argumentos e posicionamentos. Em outras palavras, com a finalidade de se estudar os argumentos dos Ministros é necessário ater-se aos problemas que são trazidos como consequência de se estabelecer parâmetros rígidos para o conteúdo das cláusulas pétreas.

Acontece que a exposição dos argumentos pode gerar distorções de entendimento, pois, ao invés de ajudar o intérprete da decisão o confundiria, nos casos em que posicionamentos muito diferentes e inconstantes levariam a dúvidas interpretativas, prejudicando, assim, a legitimidade da Corte.

Como exposto na metodologia desse trabalho, pode-se levantar a hipótese de que tal modelo de decisão venha a ter os seguintes problemas no caso da Suprema Corte brasileira: os votos dos Ministros do STF podem vir a apresentar certa inconstância quanto a uma unanimidade no tema, gerando, talvez, contradições dentro das decisões da Corte ou até mesmo dentro dos votos do mesmo Magistrado. Por conseqüência, esse fato, ao invés de ajudar na clareza da fundamentação da decisão judicial, só a atrapalharia.

O foco desse tópico, como já mencionado, é a análise da elaboração de parâmetros de interpretação e governabilidade do conteúdo material das emendas constitucionais. O objetivo desse tópico se encontra, portanto, em apresentar quais seriam alguns dos problemas do norte interpretativo dos dispositivos pétreos ao se questionarem as emendas constitucionais.

3.4.1.1. INTERPRETAÇÃO E GOVERNABILIDADE NOS CASOS DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Como mencionado, após o estudo dos parâmetros interpretativos realizado, identifiquei alguns problemas quanto à utilização e formação dos nortes interpretativos pelos Ministros. Essa parte do trabalho é pautada, portanto, em explicitar quais seriam as problemáticas correntes que mais se destacam quando o STF enfrenta a questão de argumentar sobre as cláusulas pétreas.

Para sistematizar a amostragem de problemas argumentativos a análise de interpretações ocorrerá segundo alguns critérios. Nesse momento, o rol de acórdãos utilizados para a pesquisa é o mesmo do tópico 3.4 do Capítulo 3 desse trabalho, ou seja, as ações que questionam o inciso

IV do § 4º.⁶⁵ Nessa parte só será analisado o norte de ampliação interpretativo relativo ao inciso IV dos direitos e garantias fundamentais, pois esse foi o inciso que demonstrou maiores problemas em sua argumentação. Para efeitos dessa análise adotarei como núcleo do inciso o Título II da Constituição Federal “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”⁶⁶. Com isso, apontarei os casos em que os Ministros, por via interpretativa, ampliaram o universo dos artigos presentes nesse Título da Constituição. Em outras palavras, nesse trabalho, considera-se que houve ampliação do norte interpretativo quando o Ministro entende que o conteúdo inciso IV extrapola o parâmetro mínimo definido como o Título II da Constituição Federal.

Destaco que a análise do tema terá duas partes. Na primeira, exporei os dados recolhidos na leitura dos acórdãos estudados. Na seguinte, apresentarei um levantamento dos casos em que algum Ministro demonstrou preocupação com o problema.

Como foi observada, uma das peculiaridades do STF está no fato de que o Tribunal, muitas vezes, não estabelece um parâmetro de qual seria o conteúdo das cláusulas pétreas. Essa postura é acentuada no caso da cláusula dos direitos e garantias individuais⁶⁷. É nesse seleto universo de casos que se pode afirmar haver as mais diferentes e variadas explicações sobre o conteúdo pétreo da Constituição. É por causa dessa vasta gama de parâmetros interpretativos que se pode considerar o inciso IV do § 4º como sendo um dispositivo capaz de petrificar quase toda a Carta Magna, dependendo da amplitude de sua interpretação. Ou seja, ao se ampliar muito o norte do conteúdo dos direitos e garantias individuais, poderia haver o problema de limitar a margem de atuação do legislador reformador, pois em tese nada poderia ser alterado na Constituição através de emendas constitucionais.

⁶⁵ Os casos analisados que questionavam a cláusula pétreo dos direitos e garantias individuais eram: ADIs 939; 1946; 2666; 2673; 3104; 3105; 3128; 3367; 3685; as ADI-MCs 939; 1420; 1497; 1805; 1946; 2135; 2356; 4307; e a ADI-ED 2666.

⁶⁶ Dos artigos 5º a 17 da Constituição Federal de 1988.

⁶⁷ Como citado no último tópico do capítulo anterior, 16,7% dos casos analisados é que contem alguma espécie de definição do tema dos direitos e garantias individuais.

Nessa hipótese, a dúvida estaria em se saber qual matéria não seria pétrea como sendo um direito ou uma garantia. A resposta a essa pergunta traria benefícios como, por exemplo, maior segurança jurídica, na medida em que o legislador saberia exatamente o que é permitido alterar na CF e o que não é permitido alterar. Já a ausência dessa resposta poderia levar o legislador a ter que realizar um custoso processo de validação da EC com uma decisão judicial da Suprema Corte. Certamente tal atitude não favorece uma rápida possibilidade de decisão e de governabilidade, mas pode transformar o Judiciário em uma instância de revisão legislativa reformadora.

Resumindo a questão: dependendo da multiplicidade de linhas argumentativas utilizadas pelos Ministros (sendo ampliativas ou restritivas) o legislador poderia não conseguir determinar exatamente por antecipação qual matéria constitucional é passível de ser reformada por via de emenda constitucional. Isso possibilitaria a conclusão de que o veículo normativo da EC se pareceria materialmente com as leis complementares e ordinárias, já que a reforma da CF estaria praticamente proibida.

A questão hipotética é retratada nos dados colhidos na pesquisa. Descobri que dos casos que envolvem o inciso IV do § 4º, 61,1% das vezes o STF julgou de forma a ampliar o parâmetro do conteúdo da cláusula pétrea de direitos e garantias individuais. Lembrando que ao afirmar que houve ampliação me dirijo ao critério adotado acima como sendo o conteúdo de tal cláusula pétrea. Esse número representa o estado de incerteza e insegurança que, atualmente, o legislador pode sofrer no Brasil, pois em mais da metade das vezes a Suprema Corte decide de modo a ampliar o conteúdo pétreo.

Essa problemática não passa despercebida pelos Ministros. Isso não significa, porém, que a questão não é ignorada pelos Magistrados da Corte na hora de se desenvolverem seus parâmetros de conteúdo do inciso IV em questão. Por isso, para perceber o real status do STF quanto a essa questão, citarei alguns casos em que o problema interpretativo dos dispositivos pétreos é contemplado pelos votos dos Ministros. São

analisados aqui apenas os casos em que houve tentativa de elaboração de um norte do conteúdo pétreo no caso de direitos e garantias individuais. Esse recorte se faz necessário para demonstrar se nos casos em que há parâmetros, a Corte refletiu sobre o problema apresentado. Também são analisadas as cautelares dessas ações, pois muitas vezes as reflexões dos problemas se encontram nessas decisões, que são citadas depois para embasar a decisão final.

Na ADI-MC 939⁶⁸, o Ministro relator Sydney Sanches expressa, em seu voto, a “iminência de uma limitação”, a seu ver, “excessiva” do poder de emenda do Congresso Nacional.⁶⁹ O Ministro Paulo Brossard pensa o mesmo ao afirmar que “amarrar com concreto armado normas jurídicas que devem ter flexibilidade para acompanhar os tremores de terra, que muitas vezes acontecem no plano institucional, pode produzir efeito contrário ao desejado.”⁷⁰ O Ministro Moreira Alves contribui para a discussão ao dizer que só essa cláusula (de direitos e garantias individuais) poderia petrificar toda a Constituição e, inclusive, petrificar os tratados internacionais que ainda não foram assinados.⁷¹ Por fim, o Ministro Octavio Gallotti discorre sobre a precaução de se adotar uma “interpretação que, exacerbando essas restrições, viesse a conduzir justamente àquilo que a Constituição quis evitar”, “a tendência de ruptura, como um todo, do texto constitucional”.⁷²

Os argumentos apresentados aqui em sede cautelar são posteriormente respeitados como precedentes na ADI 939. A preocupação é repetida uma grande quantidade de vezes, quando são citadas as decisões cautelares da ADI-MC 939 e da ADI-MC 926 para servir de embasamento de votos.

Esses posicionamentos são considerados, pois no caso da cautelar e, posteriormente, no mérito, encontra-se um dos três casos em que houve a tentativa de se nortear o conteúdo pétreo do inciso IV. Outro detalhe relevante é que tanto na cautelar quanto no mérito da ADI 939 os Ministros

⁶⁸ Já apresentada no mesmo capítulo desse trabalho.

⁶⁹ ADI-MC 939, relator Sydney Sanches, julgada em 17.12.93, p. 1979 do acórdão.

⁷⁰ Ibidem, p. 2023 do acórdão.

⁷¹ Ibidem, p. 2032 do acórdão.

⁷² Ibidem, p. 2035 do acórdão.

ampliaram o parâmetro dos direitos e garantias individuais incluindo como dispositivos pétreos desse inciso o artigo 150, inciso III, alínea *b* (princípio da anterioridade).⁷³

No segundo julgamento analisado, da ADI-MC 1497⁷⁴, o Ministro Maurício Corrêa ao estabelecer norte do que considera pela cláusula dos direitos e garantias individuais expõe uma precaução quanto ao tema. Para ele se faz necessária a delimitação exata para não se “admitir qualquer ingerência”⁷⁵ do poder reformador. Essa é a justificativa do porque o seu parâmetro do tema pétreo é restrito ao artigo 5º e seus incisos. Vale ressaltar que a preocupação do Magistrado é com o legislador reformador e não com os possíveis e diferentes parâmetros interpretativos judiciais.

No voto do Ministro Sepúlveda Pertence se encontra a ideia de que “tudo está em saber até onde pode ir ou devam ser interpretadas tais limitações”. O Magistrado continua a explicitar a preocupação com o problema ao citar a doutrina de Klaus Stern, afirmando que “não há dúvida de que se trata de normas excepcionais e, por isso, de interpretação estrita”.⁷⁶

Com tais pontos conclui-se que, nesse caso, o STF manteve um núcleo temático petrificado, por mais que o Ministro Carlos Velloso tivesse tentado nortear amplamente o conteúdo pétreo. No caso prevalece a visão de Ministros que defendem um conteúdo restrito dos direitos e garantias individuais baseados na governabilidade de tal interpretação. Afinal, é por meio de análises da consequência prática de seus atos e de parâmetros interpretativos restritos que o Tribunal contribui para o fomento da governabilidade.

⁷³ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

⁷⁴ Já apresentada no mesmo capítulo desse trabalho.

⁷⁵ ADI-MC 1497; relator Marco Aurélio, julgada em 13.12.02, p. 52 do acórdão.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 105 do acórdão.

Por último, na ADI 3685⁷⁷ destaca-se o voto do Ministro Gilmar Mendes como um voto que norteia o conteúdo do inciso, e como um voto que traz a problemática da interpretação. O Magistrado tem clara a visão de que a amplitude das cláusulas pétreas depende dos parâmetros interpretativos judiciais. Tal clareza é percebida no trecho:

“por outro lado, deixou a cargo do intérprete constitucional a tarefa de delimitar quais os princípios que conformariam a identidade material da Constituição”.⁷⁸

O Ministro ainda cita diversas doutrinas para demonstrar a complexidade e a seriedade da questão. Mais adiante, continua-se a perceber o conhecimento do problema por meio de alegações que traduzem a questão da amplitude ou não da expressão “tendente a abolir”.

Como observação geral desse caso, destaca-se que tanto o Ministro Gilmar Mendes quanto os Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa apresentaram preocupações de ordem consequencialista. Possivelmente, foi com base nessas preocupações que o Magistrado norteou a cláusula do inciso IV de maneira restritiva. Essa interpretação não significa, no entanto, que a Corte pense da mesma maneira. Afinal, como visto anteriormente, os casos em que há alguma espécie elaboração de parâmetros são minorias.

Conforme dito na introdução desse tópico, o intuito aqui não é de criticar, mas sim de demonstrar que na prática do STF a teoria de legitimidade advinda da consistência de uma decisão clara e completa definida anteriormente contém, em alguns casos, problemas. Essas questões têm origem no fato da total inconstância com que os Magistrados norteiam diferentemente o núcleo das cláusulas pétreas. Os diversos parâmetros interpretativos são responsáveis por gerar dúvidas ao interprete das decisões judiciais, pois com parâmetros diferentes não se sabe a qual a Corte segue.

⁷⁷ Já apresentada no capítulo 3 desse mesmo trabalho.

⁷⁸ ADI 3685; relatora Ellen Gracie, julgada em 10.08.06, p. 258 do acórdão.

Nesse quadro de incerteza, tem-se que uma possível solução é a consciência dos Ministros quanto à função de governabilidade do norte interpretativo das cláusulas do artigo 60. Essa perspectiva consequencialista das decisões do Tribunal vem sendo responsável por parâmetros cada vez mais restritos dos dispositivos, o que pode ajudar o legislador a melhor compreender a posição do STF. Devem-se, contudo, tirar algumas exceções desses casos, como o parâmetro interpretativo do Ministro Carlos Velloso, que é demasiadamente amplo, na medida em que cria critérios vagos para acolher qualquer dispositivo como sendo pético.

É importante fixar que, além do problema de diferentes parâmetros para o inciso de direitos e garantias individuais, destaca-se um problema genérico dos Ministros. Os casos em que os Ministros não apontam o que entendem pelo conteúdo pético. Nesses casos pode haver a criação de insegurança jurídica, na medida em que possibilita dúvidas do legislador sobre a opinião da Corte sobre o tema pético. Afirma-se com isso que é melhor ter decisões com nortes diferentes, mas pelas quais se tem uma ideia melhor do conteúdo dos incisos petrificados, do que ter casos pelos quais os Ministros simplesmente afirmam que certo artigo faz ou não parte de tal cláusula pétrea. Como exemplo disso tem-se a ADI 3105 que nos debates do voto do Ministro Joaquim Barbosa questiona-se o poder de modificação das EC.

É claro que esse trabalho apresenta somente um dos possíveis problemas da questão de fundamentação judicial, mas, de qualquer forma, essas análises podem ao menos contribuir para o desenvolvimento do debate acerca da interpretação do STF nos casos de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

Resumem-se as questões em alguns pontos.

Primeiramente, tendo a ideia de que as decisões judiciais vinculam as partes envolvidas na questão, a existência de diferentes parâmetros pode gerar dificuldades de entendimento da fundamentação jurídica do Ministro. A existência de diferentes parâmetros, que pode ocorrer inclusive em um

único acórdão, atrapalha um claro entendimento do leitor e alvo da vinculação da decisão judicial.

A seguir destaca-se o problema da falta de reflexão sobre esses nortes interpretativos, pois ao serem apresentados sem um determinado cuidado, os Ministros podem prejudicar a governabilidade. Isso ocorre, uma vez que os Magistrados utilizam parâmetros interpretativos de conteúdo demasiadamente abrangente, o que petrificaria uma gama maior de dispositivos constitucionais e não permitiria a observação de aspectos consequencialistas do caso específico.

Por fim, vale relembrar o problema que considero o mais grave. Em alguns casos, os Ministros não apresentam qualquer tipo de norte que possa ajudar a compreender qual o parâmetro para se interpretar o conteúdo de um dos incisos do art. 60, § 4º. Esse ponto pode ser considerado mais grave do que os outros dois, uma vez que o legislador não tem parâmetros para saber o que pode ser alterado ou não na CF, o que pode prejudicar a governabilidade. Levando a questão a acumular os problemas dos dois outros pontos citados acima, já que o alvo das decisões incorre na possibilidade de não saber o que esperar dos Ministros, ou seja, não tem segurança jurídica; e que a governabilidade ficaria abalada pelo fato dos Magistrados perderem a possibilidade de fomentar sua efetividade por meio de entendimentos jurisprudências.

4. O PAPEL DA GOVERNABILIDADE

As cláusulas petrificadas em uma Constituição são na realidade mais do que um núcleo salvaguardado de elementos fundamentais, pois dependendo de sua amplitude e vagueza vocabular elas podem oferecer ao Judiciário uma possibilidade de contribuir para a governabilidade da nação. O termo governabilidade, neste trabalho, é compreendido pela exclusão do conceito de governismo e pela inclusão dos seguintes critérios: (i) Os Ministros não se atentam a mera subsunção da norma, considerando outros elementos externos ao quadro normativo; e (ii) Os Ministros demonstram

reflexões consequencialistas de seu julgamento com a finalidade de sustentar com maior eficácia as instituições políticas. A afirmação sobre a possibilidade de o judiciário contribuir para a governabilidade se sustenta na medida em que, é na elaboração de um parâmetro interpretativo que reside à possibilidade de mudança da Constituição, pois se faz necessário para o legislador um norteamento do que se pode mudar na Carta Magna. Dependendo desse norteamento interpretativo é que os Tribunais podem contribuir ou não para fomentar a governabilidade do país.

No caso brasileiro é exatamente isso que se observa a respeito dos incisos do § 4º artigo 60. Com uma Constituição ampla, com diversos tipos de dispositivos, as cláusulas pétreas podem ser uma alternativa para se estimular a governabilidade, uma vez que tais disposições têm a força normativa de gerar tanto efeitos positivos quanto efeitos negativos que muitas vezes estão interligados. Um exemplo disso é a manutenção da segurança jurídica no ordenamento brasileiro. Nesse caso, haveria o ponto positivo da forte presença de segurança jurídica, relativa à manutenção da intangibilidade da forma de Estado e da positivação de direitos, algo que contribuiria até mesmo para a governabilidade. Por outro lado, pode-se entender como ponto negativo a fragilidade existente na mesma segurança jurídica, pois, ao estabelecer um rol pétreo com uma redação tão ampla e vaga, o constituinte originário gerou o problema de que não se conhece ao certo quais seriam os dispositivos que estariam abarcados pelos incisos do § 4º.

Essa ambigüidade dos núcleos materialmente petrificados da Constituição é reflexo das discussões em diversos *locus* de tomada de decisões políticas. Pode-se referir tanto a uma interpretação prévia do legislador reformador quanto a uma interpretação posterior do Judiciário. Nesse segundo ponto, é fato que o STF tem que enfrentar a problemática interpretativa ao se deparar com uma ação que questiona algum dispositivo do § 4º.

Tal papel tem grande relevância no sistema institucional brasileiro, na medida em que a Corte se tornou o principal interprete das cláusulas

pétreas pelo fato de ser a guardiã da Constituição (artigo 102, *caput* da CF). Logo se faz possível afirmar que o STF tem um possível papel de governabilidade no sistema político brasileiro. Afinal, como intérprete das cláusulas intangíveis, o Tribunal pode, em tese, tanto permitir reformas na Carta Magna quanto limitá-las. A importância da Corte não está, no entanto, em julgar a favor ou contra o que o legislador almeja, mas sim em fomentar a governabilidade ao analisar efeitos consequencialistas das mudanças almejadas em instituições políticas, ato que fortalece a interação entre os Poderes devido a um diálogo encontrado fora do âmbito estritamente normativo. O STF torna-se com isso em um importante centro de tomada de decisões políticas.

Conforme foi observado nos capítulos anteriores, ao se depararem com sua função jurisdicional para analisar emendas constitucionais os Ministros, normalmente adotam duas posturas. Ou determinam o conteúdo pétreo, por meio de parâmetros interpretativos que podem ser mais ou menos abrangentes; ou não oferecem qualquer norte interpretativo e simplesmente afirmam se o dispositivo questionado faz ou não parte do núcleo de pedra da CF. Observou-se na análise de ônus argumentativo sobre os incisos que, na maioria das vezes, os Magistrados não elaboram parâmetros, mas quando o fazem é possível perceber certa cautela quanto à possibilidade de reforma da CF pelo legislador reformador. No terceiro capítulo busquei apontar um possível problema em definir as cláusulas pétreas não como sendo um estímulo para o fim das definições, mas como sendo uma observação para que estas sejam cautelosas, algo já que foi visto como tendência dos Ministros em alguns casos.

Por fim, essa última etapa do trabalho busca analisar se, ademais dos pontos já citados, o STF tem de fato julgado com a preocupação de fomentar a governabilidade. Isso se faz necessário, uma vez que até o momento esse trabalho focou mais em análises de posicionamentos isolados de Ministros, que por mais relevantes e influentes que fossem, nem sempre representaram o posicionamento do Tribunal como um todo. É por isso que nessa etapa realizarei um estudo sobre as decisões finais do STF ao julgar casos que envolvem os ramos materiais do direito tributário e do direito

previdenciário. Com esse recorte, pretende-se demonstrar o comportamento da Corte ao julgar casos que envolvem a opção entre o erário público e os direitos individuais ou coletivos.

Dessa forma buscarei cumprir o objetivo de esclarecer se o STF, como Corte, vem se preocupando em incentivar a governabilidade do país de maneira a analisar também sua característica de governista ou não.

Visando cumprir esse objetivo do modo mais claro possível, esse capítulo também será apresentado em dois momentos. Em primeiro lugar, serão abordados casos em que algum Ministro faz observações de ordem consequencialista, demonstrando, assim, se os Ministros, individualmente, têm preocupações com efeitos pragmáticos de seus julgados. Em segundo lugar, apresentarei os dados colhidos na pesquisa quantitativa.

O exame da argumentação consequencialista dos Magistrados foi realizado com base no universo amostral, que envolve ADIs que questionam ECs relacionadas aos temas de tributário e previdenciário.⁷⁹ O total de ações analisadas nessa etapa do trabalho restringe-se a 17 julgados.

Vale ressaltar que o intuito dessa análise está em simplesmente entender a utilização ou não de argumentos de consequência valorativa de decisões pelos Ministros, já que essa postura é fundamental para demonstrar uma preocupação da Corte com a governabilidade. Por esse motivo, não se espera nesse momento realizar um rol taxativo de todos os votos que consideraram qualquer elemento fático para decidir, mas sim realizar um mapeamento exemplificativo de se e como o STF adota tais argumentos.⁸⁰

No primeiro caso apresento a ADI 939, onde se questiona a criação do IPMF. Os argumentos de ordem consequencialista são levados em conta pelo Ministro relator Sydney Sanches, pois em seu voto é transcrito na íntegra o parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, documento

⁷⁹ Os casos analisados são: ADIs 939; 1946; 2024; 2031; 2666; 2673; 3104; 3105; 3128; as ADI-MCs 926; 939; 1497; 1946; 2024; 2031; 2135; e a ADI-ED 2666.

⁸⁰ Como elemento a complementar tal análise, pode-se ler o capítulo: "Custos fáticos das ações: relevância para a formação do convencimento do Tribunal" da monografia de Carolina Ignácio Ponce. *Definição de pauta no Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade de emendas constitucionais nos Governos FHC e Lula*, pp.65-74.

que dedica uma parte inteira de seu parecer para versar sobre “o arcabouço político, social e econômico-financeiro” da emenda constitucional de número 3⁸¹, demonstrando, assim, que o panorama econômico-social apresentado pela Procuradoria foi considerado em seu voto, e observado por outros Ministros.

Na ADI-MC 1497, que aborda o tema da criação do tributo da CPMF, pode-se perceber o mesmo gênero de argumento. O voto do Ministro Carlos Velloso, por exemplo, indica que caso o Tribunal interprete as cláusulas pétreas de maneira muito ampla isso poderia impedir o poder do constituinte derivado de alterar as técnicas de tributação. Para corroborar com esse argumento, o Magistrado afirma que “impedir qualquer reforma tributária é gessar o sistema tributário, com prejuízo, muita vez, para as classes mais pobres.”⁸²

Já no caso das ADI-MC e ADI 1946, a Corte julgava o artigo 14 da EC 20. Questionava-se o dispositivo que estabelecia em R\$ 1.200,00 o limite máximo de valor dos benefícios do regime geral de previdência social. A discussão do acórdão reside no fato de que a alteração do valor máximo dos benefícios em um patamar considerado baixo prejudicaria a relação trabalhista feminina. Isso ocorreria, pois o valor salarial pelo período de gestação da mulher ultrapassaria a quantia paga pela previdência social, ficando o excedente do salário-maternidade a cargo do empregador. Fato que, para os Ministros, na prática acarretaria em uma perda de competitividade da mulher no mercado de trabalho, o que feriria o princípio da isonomia (art. 7º, inciso XVIII da CF).

Na medida cautelar, o Ministro relator Sydney Sanches considera as informações prestadas pelo então presidente da Câmara, o Deputado Michel Temer, e as informações prestadas pelo então presidente do Senado, o senador Antonio Carlos Magalhães. Em ambos os depoimentos é possível perceber os argumentos de que tal medida legislativa era necessária para combater o estado deficitário do sistema previdenciário. O Ministro relator, no entanto, rebate os depoimentos dos membros do legislativo afirmando,

⁸¹ ADI 939, relator Sydney Sanches, julgada em 18.03.94, p. 184 do acórdão.

⁸² ADI-MC 1497; relator Marco Aurélio, julgada em 13.12.02, p. 75 do acórdão.

também, argumentos de caráter consequencialista, como, por exemplo, as implicações da reforma para as mulheres no mercado de trabalho como forma de perda de competitividade e como forma de estagnação salarial, não superior ao limite de R\$ 1.200,00,⁸³ levando em consideração, inclusive, dados de uma notícia sobre o aumento do desemprego feminino no Estado do Rio Grande do Sul. Tal espécie de argumentos foi chave para o julgamento cautelar e para o julgamento de mérito, sendo o voto do Ministro Sydney Sanches o responsável pela procedência parcial do pedido da ADI, o que excluiu a incidência do limite dos benefícios nos casos de salário-maternidade.

A seguir, na ADI 2024, tem-se a tentativa do legislador reformador de alterar o regime previdenciário dos cargos de comissão e de cargos temporários, retirando-os do regime previdenciário próprio dos servidores e inserindo-os no regime geral da previdência social.⁸⁴ Nesse julgado, os Ministros percebem a importância da reforma para a economicidade do processo de previdência dos empregos públicos, postura que é observada no debate do voto do Ministro Carlos Britto. O Magistrado é o responsável por explicitar claramente que o objetivo da emenda era de “desonerar o Tesouro”,⁸⁵ demonstrando, com isso, total compreensão da Corte sobre o aspecto econômico da decisão política do Congresso.

Em outro caso, no julgamentos da ADI-MC 2031 e da ADI 2031, a EC impugnada prorrogava a vigência da CPMF. A principal questão no caso, no entanto, era a criação de títulos de crédito públicos para financiar a saúde durante os seis meses em que não houve a incidência do imposto provisório. O tema era problemático, pois a criação de tal título creditório foi obra do Senado Federal, sem que esse órgão remetesse o novo texto da EC para a Câmara, afrontando, assim o artigo 60, § 2º.⁸⁶ Essa problemática é

⁸³ ADI-MC 1946, relator Sydney Sanches, julgada em 29.04.99, pp. 115-116 do acórdão.

⁸⁴ Ação impetrada pelo Governador do Estado do Mato Grosso do Sul. Questionando o artigo 1º da Emenda de Número 20, 15 de dezembro de 1998. Tais dispositivos são responsáveis por incluir no artigo 40 da CF, os parágrafos 1º a 16.

⁸⁵ ADI 2024, relator Sepúlveda Pertence, julgada em 22.06.07, p. 141 do acórdão.

⁸⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

discutida pela Corte no debate do voto do Ministro Nelson Jobim. Os Ministros se deparam com os argumentos de ordem consequencialista ao escutarem a decisão do Ministro Jobim sobre a necessidade de haver a criação dos títulos de crédito para financiar a Saúde. O Magistrado entende que tais títulos tem o “objetivo (de) compensar a falta de arrecadação naquele período”.⁸⁷ Com isso, mais uma vez, o STF demonstrou estar atento às preocupações econômicas que o legislador considerou ao elaborar as suas políticas.

Há, também, o caso da alteração do *caput* do artigo 39 da CF, que altera o regime dos contratos de empregados públicos, que seriam autorizados a vigorar tanto pela CLT, quanto pelo regime próprio, caso da ADI-MC 2135, que questiona a EC de número 19. No julgado, a preocupação do STF quanto à medida legislativa criada se reflete no fato dos Magistrados explicitarem a dúvida de se analisar questões de votação *interna corporis* do Congresso. Isso ocorre, já que os Ministros ao se perguntarem se devem realizar tal estudo, acabam por realizá-lo, ou seja, a Corte acabou refletindo o próprio mérito da resolução do Congresso. Esse aspecto pode ser visto nos votos dos Ministros Nelson Jobim e Ricardo Lewandowski, uma vez que ambos os Magistrados, independentemente dos pontos de vista, buscaram entender o objetivo do Legislativo ao criar a nova disposição.

Algo similar ocorre na ADI 2673. O dispositivo questionado buscava prorrogar a CPMF, mas ao contrário da ADI 2031, o legislador mudou o tempo verbal visando dar continuidade a incidência do imposto. Nessa ADI, 2673, se questionava igualmente o processo de tramitação de emendas constitucionais. No voto da Ministra relatora, Ellen Gracie, é possível observar a postura de julgamento sobre as questões materiais da mudança

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

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

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

⁸⁷ ADI-MC 2031, relator Octavio Gallotti, julgada em 29.09.99, pp. 447-458 do acórdão.

de conteúdo da emenda ao avaliar os passos percorridos pelo legislativo para confecção do ato normativo⁸⁸.

Aparentemente, o Tribunal costuma realizar maiores análises das matérias das emendas e suas aplicações práticas em casos de afronta ao artigo 60, § 2º. Uma possível hipótese é o fato de que para se tomar uma decisão sobre a mudança do dispositivo os Ministros tenham que entender melhor as peculiaridades políticas das escolhas legislativas.

Na ADI 3104, o dispositivo da EC 41 alterava novamente o regime jurídico dos aposentados servidores públicos. No tempo desse casos já havia ocorrido o julgamento das ADIs 3105 e 3128, ações que tiveram grande influência sobre a ação citada, e que serão tratadas a seguir. É, portanto, com reflexões do julgamento dos casos citados que o Ministro Carlos Britto faz considerações sobre a consequência da mudança de regimes previdenciários. Considerando o argumento do direito adquirido a regime anterior como sendo algo que define que o novo regime tem de ser mais benéfico do que o antigo pois, caso contrário, os efeitos do novo regime não retroagiriam.⁸⁹ Ainda no mesmo caso, o Ministro Cezar Peluso traz o argumento da falência do sistema previdenciário aspecto que, segundo o Ministro, deveria ser avaliado pela Corte.

Por fim, apresenta-se o caso já discutido das ADIs 3105 e 3128. Casos em que os argumentos de ordem consequencialista também são notados. Em seu voto o Ministro Cezar Peluso considera os elementos de consequência da decisão, na medida em que afirma que a ponderação das repercussões das disposições da EC tendem a garantir a “viabilidade econômica de sistema da mais alta importância social e de não injuriar nem agravar a situação dos menos favorecidos.”⁹⁰ Dessa forma, o voto do Ministro, que lidera a Corte no julgamento, tem grande parte de seu embasamento nas disposições das mudanças almejadas na emenda. Fazendo coro com essa posição, o Ministro Gilmar Mendes considera que, além das críticas mais convencionais, o Tribunal deveria se atentar ao

⁸⁸ ADI 2673, relatora Ellen Gracie, julgada em 06.12.02, p. 197 do acórdão.

⁸⁹ ADI 3104, relatora Cármen Lúcia, julgada em 26.09.07, pp. 161-164 do acórdão.

⁹⁰ ADI 3105, relatora Ellen Gracie, julgada em 18.02.05, p. 251 do acórdão.

impacto que a medida teria no orçamento individual dos pensionistas e inativos. O Ministro defende, ainda, que o STF deve agir pautado por parâmetros jurídico-constitucionais que não serão levados por interesses “demagógicos” dos outros Poderes, oferecendo, assim, a imagem da Corte como sendo um órgão público que considera as implicações das políticas públicas de maneira justa e em parâmetros jurídicos.

Outro exemplo de posicionamento preocupado com os reflexos da medida pública criada pela emenda é o apresentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Tal postura é explicitada no trecho:

“Mas é verdade também que a imposição da contribuição previdenciária dos inativos – malgrado coerente com a nota de solidarismo da seguridade social -, representará um impacto violento no orçamento doméstico de milhares e milhares de famílias, tanto mais quanto coincide com uma época de perverso esmagamento da classe média, onde se situam os que não têm como furtar-se pela sonegação, atingidos pela nova exação”.⁹¹

Tendo explicado os argumentos consequencialistas dos Ministros seguirei para o segundo momento do capítulo: a apresentação dos dados. Sobre esse tema devo ressaltar que o posicionamento dos Ministros como Corte reflete muito pouco dos seus argumentos pragmáticos, de suas preocupações, e de suas elaborações de parâmetros dos dispositivos pétreos. Isso ocorre, na medida em que, 41,1% do total de casos o STF julga favoravelmente ao que o legislador reformador estipulou na emenda. Esse número está relacionado a todas as ações em que a Corte julgou totalmente improcedente o pedido dos demandantes sobre a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo das emendas constitucionais, ou seja, as ações em que se manteve o texto original das emendas promulgadas. O número acima é contrastado com os 58,9% das vezes em que a Corte altera alguma disposição das emendas constitucionais. Dados que apontam para uma Corte não-governista, no sentido de não adotarem, na maioria dos casos, as medidas cridas pelo governo.

⁹¹ Ibidem, p. 436 do acórdão.

A tendência do STF julgar mais de modo a alterar as disposições originárias das ECs pode ser observada também na análise isolada das duas matérias. No caso das ações de tema do direito tributário, o Tribunal tem julgado procedente, parcial ou totalmente, em 55,5% dos casos. Contrastando com os 44,5% das ações em que se mantém a decisão original do Congresso Nacional. Já no caso das ADIs que questionam o tema de direito previdenciário a perspectiva não é muito diferente. A Corte julgou de maneira a impugnar certos dispositivos das emendas em 62,5% dos casos analisados. Diferentemente, dos 37,5% em que houve julgados favoráveis ao constituinte reformador.

Tais dados numéricos refletem o fato de que a Corte assume mais um papel de modificar as decisões políticas do Congresso (não-governista) do que um papel de permitir que tal órgão atue livremente (governista ou pró-governo). Essa afirmação é ainda melhor explicitada ao se observar à postura do STF nas medidas cautelares. Nessas ações o Tribunal decidiu contra a decisão política do Congresso e a favor dos demandantes em 85,7% dos casos. Tal proporção demonstra que o Tribunal ao ser provocado de forma rápida, pela sede de cautelar, responde mais de modo a revogar, pelo menos em parte, as decisões legislativas. Afinal, é por meio dos julgados cautelares que a Corte reponde de maneira mais efetiva às questões normativas, por ser uma resposta mais célere.

Essa postura do STF pode levantar algumas conclusões. Primeiramente, pode-se afirmar que a Corte como um todo vem servindo mais como um instrumento de reforma de decisões políticas ao decidir contrariamente aos dispositivos das ECs, do que verdadeiramente como um órgão deferente às opções políticas do Congresso. Porém, não se pode ignorar que em alguns casos o STF julga de maneira a fomentar a governabilidade. Isso se deve mais a um caráter qualitativo do que quantitativo de suas decisões. Por fim, chega-se à pergunta de qual seria a principal característica do Tribunal: seria uma Corte que defende a governabilidade, como definida nesse trabalho, ou seria uma Corte que defende as questões contra majoritárias, julgando de acordo com os

pedidos dos demandantes, de maneira a não se preocupar com a governabilidade?

5. CONCLUSÃO

Após ter apresentado todos os capítulos dessa pesquisa é possível apresentar algumas conclusões dos estudos realizados. Os dados encontrados trazem aspectos interessantes sobre a atuação do STF no controle concentrado de emendas constitucionais e o seu entendimento sobre as cláusulas pétreas.

Uma das preocupações desse estudo é a de demonstrar possíveis parâmetros interpretativos que o STF utiliza para nortear a interpretação das cláusulas pétreas. Por isso foram estudados e exemplificados cada inciso capaz de apresentar certa incerteza de conteúdo, do artigo 60 § 4º. Acredito que por meio desses nortes a Corte elabora sua função de governabilidade, chegando a refletir parâmetros coerentes sobre dispositivos constitucionais de forma a considerar seus efeitos consequencialistas na aplicação no mundo real.

Dessa forma, um elemento fundamental nesse trabalho diz respeito à expressão “tendente a abolir” contida no artigo pétreo da Constituição. No tópico que abordava a expressão “tendente a abolir” foi possível destacar a evolução do entendimento jurisprudencial da Corte sobre o tema, que normalmente é tratado de maneira secundária ao se abordarem as cláusulas pétreas. Percebeu-se, então, que o Tribunal apresenta o entendimento de que é inconstitucional toda e qualquer deliberação de emenda constitucional que tenda à abolição de uma dos pontos petrificados. Anota-se, ainda, que tal entendimento favorece um aumento de poder de revisão da Corte, pois a ampliação da área de participação do legislador reformador com a “tendência à abolição” também possibilitou o STF a majorar sua própria área de participação como fiscal de decisões do Congresso Nacional. Por meio de sua atual jurisprudência, o Tribunal

ganhou a discricionariedade de decidir o que é tendente a abolir qualquer ponto petrificado da Constituição.

Assim, destaca-se que o STF tem plenos poderes de decidir não só se um determinado dispositivo de EC tem a tendência de abolir algum preceito da Constituição, mas se esse dispositivo está afrontando determinado preceito de maneira a abolir tal direito. Esse norte interpretativo aumenta o poder de discricionariedade da Corte para decidir matérias de interesse nacional.

A seguir é possível notar o posicionamento bilateral do STF quando se trata de interpretar o inciso da forma federativa de Estado. Dentro dessa dupla interpretação, percebe-se a possibilidade de mudanças ou não da Constituição. Consequência disso é o fato de os Ministros poderem interferir ou não em matérias pragmáticas de âmbito nacional, já que ambos os parâmetros interpretativos afetam diretamente a disposição política institucional brasileira.

Sobre inciso da separação de Poderes conclui-se que ao se deparar com essa questão o STF busca, na medida do possível, deixar uma margem de possibilidade para se poder eventualmente reformar a Constituição. Nesses casos, a Corte desenvolveu um entendimento que somado com a análise das consequências da reforma constitucional, é vetor essencial para a tomada de decisões políticas pelos demais Poderes, uma vez que como no inciso acima, os Ministros interpretam e norteiam a organização direta da disposição política institucional brasileira. Assim, os Ministros do STF acabam por definir os contornos das diferentes competências dos Poderes da República.

No tópico dos direitos e das garantias individuais, é possível perceber dois aspectos. O primeiro é que, ao contrário dos outros dois incisos, nesse último caso são encontrados diversos parâmetros interpretativos sobre o seu conteúdo. É possível, inclusive, encontrar mais de um norte para esse inciso em um mesmo acórdão. Nesses casos em que há distintas interpretações, foi possível notar que cada vez mais os Ministros têm norteado a cláusula pétrea de maneira mais restritiva. Uma hipótese para

isso é que o STF de fato tem se preocupado em fomentar a governabilidade ao se preocupar com o efeito prático de seus parâmetros, afinal quanto mais restritivas, maior a competência do constituinte reformador atuar em mais áreas da CF.

Essa hipótese se coloca mais forte após demonstrar que o STF somente norteia o inciso IV do § 4º em poucos casos. No restante das vezes o Tribunal opta por fazer uma simples menção ao fato de que o dispositivo questionado é constitucional ou não diante do teor do referido inciso, sem explicações mais fundamentadas a respeito. Essa atitude pode levar ao aumento da competência do constituinte reformador na medida em que, não há núcleo intangível que seja totalmente conhecido. O efeito colateral desse aspecto, no entanto, é que possibilita o aumento de poder do STF de decidir sobre os atos legislativos do Congresso, já que, na maioria das vezes, em que se promulgarem ECs a Corte poderá ser consultada, afinal, o legislador possivelmente necessitará da opinião do Tribunal sobre a constitucionalidade da reforma almejada.

É esse o ponto do segundo objetivo desse trabalho: demonstrar alguns problemas de argumentações dos Magistrados. Isso foi considerado importante pelo fato de que a apresentação de problemas argumentativos torna mais difícil a possibilidade do STF fomentar a governabilidade, já que tal conceito carece de parâmetros claros e coerentes que estejam voltados para elementos consequencialistas.

O tópico seguinte vem exatamente nesse debate ao demonstrar que os Ministros trazem as questões citadas quando não definem o que entendem pelos incisos do § 4º do artigo 60. Essa parte da pesquisa demonstra que no caso dos direitos e garantias individuais, os usos de diferentes nortes interpretativos geraram alguns problemas.

Primeiramente, tendo em vista a ideia de que as decisões judiciais proferidas pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade servem como guia de condutas para as partes afetadas por elas, tem-se a hipótese de que o uso irrestrito de diferentes parâmetros interpretativos

pode gerar dificuldades de entendimento da fundamentação jurídica do Ministro, não sendo possível extrair qual é a decisão tomada.

Outra ordem de problema é a ocorrência da falta de reflexão dos Ministros sobre os nortes interpretativos por eles adotados. Isso pode ser considerado um problema, uma vez que nos casos de nortes muito abrangentes, se prejudicaria a governabilidade pelo fato de restringir análises consequencialistas.

Por fim, o quarto capítulo demonstrou que o exame as decisões do STF não deve limitar-se apenas ao estudo quantitativo analisando apenas grau o governismo da Corte, mas deve-se levar em conta a análise qualitativa. Isso se deve ao fato de que apesar da Corte, na maioria das vezes, julgar contra a posição do legislador, o Tribunal continua apresentando certa preocupação com a governabilidade, na medida em que os Ministros procuram avaliar as consequências práticas de suas decisões, chegando, inclusive, a aprovar certas mudanças consideradas importantes para o funcionamento institucional. Exemplo disso é a mudança do regime previdenciário dos servidores públicos inativos, já que o caso é alvo de diversos votos abordando a questão de problemas financeiros da previdência.

Reforçando esse entendimento, é importante lembrar aquilo que foi demonstrado nos primeiros capítulos dessa pesquisa. Ressalta-se, assim, a importância da atitude dos Ministros de se preocuparem com a formação de seus parâmetros interpretativos dos incisos do § 4º, mesmo que em alguns casos ela traga problemas. Afinal, por meio de parâmetros coerentemente elaborados o STF pode agir de modo preocupado a fomentar a governabilidade.

Dessa forma, termino o trabalho com algumas considerações sobre a atuação do Tribunal e a sua preocupação com governabilidade. Preliminarmente, pode-se afirmar que a Corte tem sido mais um órgão não-governista, ao decidir contrariamente aos dispositivos das ECs, do que verdadeiramente um órgão governista que adere totalmente às opções políticas do Congresso. Ademais dessa característica não se pode ignorar

que em alguns casos o STF julga de maneira a fomentar a governabilidade como compreendida nesse trabalho. Isso se deve mais a um caráter qualitativo do que quantitativo de suas decisões, uma vez que a preocupação com efeitos reais das decisões é algo corrente nos julgamentos da Corte. Assim, é possível concluir que o STF pode sim ser considerado um Tribunal que procura contribuir para a governabilidade do país de forma a enriquecer o diálogo e o desenvolvimento das instituições políticas.

6. BIBLIOGRAFIA

ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. "Constituição, Governo e Democracia no Brasil". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 21, 2006;
FIGUEIREDO. A. C.; LIMONGI. F. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2º edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

MENDES, Conrado H. "*Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*". (Tese de doutorado) São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008.

PONCE, Carolina Ignácio. "*Definição de Pauta no Supremo tribunal Federal no Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais nos Governos FHC e LULA*". Monografia apresentada na Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)- Escola de Formação, 2009.

ROSILHO, André Janjácómo. "*O perfil das associações de classe no controle constitucional de emendas constitucionais*". Monografia apresentada na Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)- Escola de Formação, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34º edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4º edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial "à Brasileira". *Revista Direito GV* 8, v. 4, n. 2, pp. 407-440, jul./dez. 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. 1º edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. 1º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

VOJVODIC, Adriana. M., CARDOSO, Evorah L. C. e MACHADO, Ana Mara F. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV* 9, v. 5 , n.1, pp. 21-44, jan./jun. 2009.