



Carolina Ignácio Ponce

**DEFINIÇÃO DE PAUTA NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NOS GOVERNOS
FHC E LULA**

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

**SÃO PAULO
2009**

Sumário

1. Introdução.....	3
2. Metodologia.....	7
3. Análise quantitativa das decisões.....	11
3.1. Matéria das ADIs: tendências.....	11
3.2. Julgamento das ADIs do banco de dados.....	18
3.3. Resultado das decisões.....	24
3.4. Custos decisórios para o STF.....	30
4. Análise qualitativa das decisões.....	34
4.1. Considerações dos Ministros a respeito de direitos e garantias fundamentais enquanto cláusulas pétreas.....	38
4.2. Separação dos Poderes no Brasil: entendimento do Tribunal sobre o emprego deste conceito como cláusula pétrea.....	46
4.3. Lógica do Processo político de aprovação de emendas constitucionais e sua repercussão nas decisões.....	52
4.4. Legitimidade do Tribunal para julgar as ADIs.....	62
4.5. Custos fáticos das ações: relevância para a formação do convencimento do Tribunal.....	65
5. O tempo e as decisões: em que divergem os casos e as decisões em relação ao tempo.....	74
6. Conclusão.....	89
7. Bibliografia.....	96
8. Anexos.....	98
8.1. Anexo 1 - Tabela de ADIs: matéria, resultado e tempo.....	98
8.2. Anexo 2 - Resumo das ADIs analisadas qualitativamente.....	103

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo estabelecer um mapeamento das ações diretas de inconstitucionalidade – ADIs - propostas no Supremo Tribunal Federal – STF - com o escopo de questionar a constitucionalidade de emendas constitucionais promulgadas à Constituição Federal (CF) de 1988 durante os governos Fernando Henrique Cardoso (FHC) e Lula.

Para melhor compreensão dos motivos que me levaram a iniciar esta pesquisa, estabelecerei um breve panorama do contexto político de aprovação de emendas constitucionais que se desencadeou desde a Constituinte de 1988 até os dias atuais, com o intuito de familiarizar o leitor com o processo de emendamento à Constituição Federal. A respeito desta questão bem observaram Rogério Arantes e Cláudio Couto:

“Um dos aspectos mais evidentes e controversos da democracia brasileira contemporânea diz respeito ao fato de que a nossa Constituição, promulgada em outubro de 1988, não adquiriu até o momento as condições de estabilidade e permanência que normalmente caracterizam os textos constitucionais”¹.

Tal assertiva se justifica se levarmos em consideração que foram promulgadas 6 emendas de revisão em 1994 e mais 57² emendas constitucionais até hoje, sendo que destas últimas, 54 foram promulgadas durante o governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) e governo Lula.

As emendas de revisão já encontravam sua edição prevista na Constituição de 1988, de forma que seu objetivo era que, após alguns anos de teste da nova Constituição, pudessem ser realizadas mudanças adaptativas na CF, tais como melhora de redação de alguns artigos e preceitos, inclusão ou supressão de dispositivos que poderiam ter faltado,

¹ R.B.Arantes, C.G.Couto, *Constituição, Governo e Democracia no Brasil* in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 21, 2006.

² A última consulta a esse dado foi realizada em agosto de 2009.

ou que não eram adequados, respectivamente. As outras 57 emendas, no entanto, não visavam a revisão da CF.

Diante dessa dinâmica política de crescente produção legislativa, o país permaneceu numa espécie de agenda constituinte, como se o processo de reconstitucionalização não houvesse se encerrado em 1988³. O que se depreende deste fato é que os governos supracitados, para implementarem seus programas governamentais e tomar decisões, ao invés de fazer uso do meio infraconstitucional, se utilizaram de mudanças constitucionais no sentido de acrescentar e suprimir dispositivos da Carta da República.

Ao contrário do que se previa com a CF de 1988, que por conter preceitos liberais e democráticos habilitaria o desenvolvimento desse novo estágio de maturidade política, passada a euforia inicial, nossa atual Constituição cedeu aos embalos da instabilidade e da reforma tão latentes à história constitucional brasileira (esta é a oitava Constituição desde a Independência do país) e, ao invés de se tornar durável, foi freqüentemente modificada.

Uma das razões que podem justificar esse fenômeno reside no fato de nossa Assembléia Nacional Constituinte (ANC) ter sofrido muitas pressões políticas de diversas frentes ideológico-partidárias e da sociedade civil.

Após o período ditatorial, a ANC se empenhou fortemente em remover todo e qualquer resquício de um governo autoritário.

Ademais, a ANC estava organizada em 24 subcomissões, cujos membros decidiam por maioria simples. Isso mostra o caráter descentralizado da ANC e a facilidade em se inserir uma norma na Constituição, em razão do quórum simplificado. De outro lado, a ANC abriu-se à sociedade civil em grande escala, vide o fato de que as subcomissões foram formadas com o escopo de colher opiniões e organizar audiências

³ R.B.Arantes e C.G.Couto, *Constituição ou políticas públicas?: a análise dos anos FHC* in F.L. Abrucio, M.R.L.Durand, *O Estado numa era de reforma: os anos FHC*, Enap, 2002.

públicas, formulando estudos parciais desses dados, que demonstrariam a opinião e os anseios da sociedade.

A união desses fatores com a ausência de um projeto-base delimitado possibilitou que qualquer bancada parlamentar, ao obter maioria congressual, tivesse seus interesses constitucionalizados. Outrossim, a forte participação da sociedade civil trouxe ao debate a influência de diversos movimentos sociais e associações de classe, o que corroborou para que a nossa Constituição fosse finalmente aprovada com um grande número de dispositivos, sendo essencialmente detalhista.⁴

Este processo foi marcado por constantes jogos de troca de interesses entre forças políticas que se mostravam antagônicas, fazendo com que estas “trocassem favores” para formar a maioria necessária, conformando um processo de constante barganha política entre os partidos políticos.⁵

Nessa lógica, o que se nota é que a CF de 1988 passou a conter dispositivos de cunho particularista, que não necessariamente deveriam estar constitucionalizados e que poderiam integrar o nível infraconstitucional. Tais dispositivos, porém, foram incluídos formalmente na CF, ganhando status constitucional.

Mais do que direitos e garantias fundamentais, limitação dos poderes da República e sua organização institucional, muitos desses dispositivos se assemelhavam a políticas públicas.

Considerando que o processo necessário para se emendar a Constituição envolve muito mais custos, necessitando da aprovação de três quintos das duas casas legislativas, em dois turnos, pode-se afirmar que os governos FHC e Lula teriam se utilizado constantemente da via de emendas constitucionais como uma maneira de implantar seus programas de governo, e não da via infraconstitucional, simplesmente por conta de

⁴ R.B.Arantes e C.G.Couto, *Constituição ou políticas públicas?: a análise dos anos FHC* in F.L. Abrucio, M.R.L.Durand, *O Estado numa era de reforma: os anos FHC*, Enap, 2002.

⁵A.J.Rosilho, “O perfil das associações de classe no controle constitucional de emendas constitucionais”, Monografia apresentada à SBDP, 2007.

haverem políticas públicas presentes na CF, que emperravam o desenvolvimento destes programas.

Todavia, dentro deste fenômeno de constante agenda constituinte brasileira, outro aspecto nada corriqueiro salta aos olhos, qual seja o número de ADIs propostas no Supremo Tribunal Federal (STF) impugnando dispositivos tanto das emendas de revisão, quanto das demais emendas constitucionais. Dentro deste conjunto de ações, nota-se que o maior número delas foi proposta para impugnar emendas constitucionais promulgadas nos governos FHC e Lula.

Durante esse período e de acordo com a base de dados construída para esta pesquisa, se denota que 58 ADIs foram propostas por diferentes atores, dentre os legitimados para tanto, com o objetivo de impugnar emendas constitucionais no todo ou em parte.⁶

Desse modo, o Judiciário passa a ser o ponto último das discussões políticas já debatidas em suas sedes naturais: o Legislativo e o Executivo, mostrando-se como um *lócus* no qual se pode voltar a debater opções políticas escolhidas pelo legislador. Dessa forma, atores políticos e da sociedade civil, legitimados para a propositura de ADIs, acionam o STF numa última tentativa de modificar decisões já tomadas no tema das emendas constitucionais. Ou seja, o tema de conformação de políticas públicas passa a estar presente na agenda dos Ministros do STF, o que faz com que o Tribunal participe ativamente dessa agenda constituinte que não parece em vias de terminar.

Dentro das ADIs selecionadas se nota ainda outro fenômeno, o de que muitas das ações diretas propostas não foram ainda decididas, bem como dentro do conjunto de ações decididas, existe uma grande variação, de uma ação para a outra, no intervalo de tempo entre a proposição da ação junto ao STF e seu efetivo julgamento. Estes fatos levantaram minha curiosidade para a construção desta monografia no sentido de identificar este fenômeno e discutir suas razões.

⁶ Art. 103, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, da CF de 1988.

Dessa forma, estabeleci como objetivo maior do trabalho a tarefa de identificar como o STF define sua pauta e como se dá a utilização do tempo pela Corte na hora de julgar ou não as ADIs que chegam ao Tribunal impugnando emendas constitucionais.

Para tanto, estruturei o trabalho em dois tipos de análise: uma quantitativa e outra qualitativa.

A primeira análise tem o objetivo de diagnosticar o fenômeno de intensa proposição de ADIs impugnando emendas constitucionais, de modo a identificar quais são os assuntos mais questionados em sede de controle de constitucionalidade, a quantidade de ações que receberam ou não decisões e quais são os resultados das ações decididas, no sentido de verificar quantas foram julgadas procedentes e improcedentes. Esta análise terá cunho majoritariamente descritivo.

Na segunda análise, o objetivo será analisar o teor das decisões até o momento proferidas, de forma a identificar no argumento dos Ministros do STF fatores que diferenciem as ADIs que foram decididas, daquelas que não o foram. Para tanto, serão elencados os argumentos principais que mais apareceram nos votos e que se apresentam mais relevantes para determinar a definição de pauta de julgamento do Tribunal nesta sede de controle.

Posteriormente a essa análise, serão apresentadas as conclusões do trabalho que considerarão a relação dos dados da análise quantitativa com os dados obtidos na análise qualitativa, visando evidenciar quais critérios são utilizados pelo Tribunal na definição de sua pauta.

2. Metodologia

Neste capítulo serão explicitados os passos que percorri para delimitar meu objeto de estudo e as ações com que trabalhei para a construção das conclusões que aqui serão expostas.

O recorte metodológico adotado consiste na estrita análise de ADIs que impugnavam a constitucionalidade de emendas constitucionais editadas no período compreendido entre janeiro de 1994 (início do mandato FHC) e agosto de 2009 (ainda dentro do mandato Lula), momento em que se encerraram as buscas pelas ações. Escolhi este recorte temporal por notar que durante os mandatos dos dois presidentes supracitados, os quais integram partidos que se opõem no cenário político brasileiro, é que se deu o maior processo de emendamento à Constituição vigente, bem como o maior número de ADIs contestando essas emendas.

Ademais, como já observado, a maioria das emendas promulgadas no início do governo FHC é de revisão e já encontrava sua edição prevista pela Constituição.

Para coleta das ações a principal fonte de pesquisa adotada foi o sítio do Supremo Tribunal Federal⁷. Neste sítio, foram utilizadas duas ferramentas de pesquisa para a delimitação do universo.

A primeira ferramenta usada consistiu em dentro da opção "jurisprudência", no campo "índice de ADIs", digitar as expressões: "emenda adj constitucional" chegando a um universo de 251 ações, sendo que após ter sido feita a triagem das que realmente me interessavam (ADIs impugnando emendas constitucionais federais a partir de 1994), me deparei com 53 ações propostas.

A segunda ferramenta usada consistiu em dentro da opção "processos", no campo "ADI, ADO, ADC, e ADPF", digitar as expressões: "emenda adj constitucional adj n", em que "n" corresponderia ao número da emenda possivelmente impugnada no período recortado (de 1994 até agosto de 2009). Os números que preencheram sucessivamente a expressão "n" correspondem ao intervalo que vai da emenda 5 de 1995, primeira emenda promulgada no curso do mandato do Presidente FHC, até a emenda 57 de 2008 (53 emendas no total), última emenda promulgada no momento em que se encerrou a pesquisa pelos dados do trabalho. Das

⁷ O endereço eletrônico do sítio é www.stf.jus.br.

ações encontradas por esse método de pesquisa, selecionei 49 com base nos mesmos critérios utilizados no universo anterior.

Após realizar o cruzamento dos dados encontrados a partir das duas ferramentas de pesquisa, me deparei com 58 ADIs relevantes para meu trabalho⁸, assim consideradas por conterem impugnação de emendas constitucionais editadas após 1994. Essas 58 ADIs são o objeto de estudo do presente trabalho.

É importante notar que das 58 ADIs úteis para a pesquisa, apenas 31 foram julgadas até o momento. Destas, 6 não foram conhecidas e 8 foram declaradas prejudicadas em função do julgamento de outra ação que impugnava os mesmos dispositivos, ou em razão da perda do objeto. Das 17 ações restantes, 11 ações foram julgadas procedente ou improcedente⁹ e 6 foram decididas apenas em sede cautelar.

Dessa forma, o universo final de ações relevantes conta com 31 ADIs decididas, nas quais estão incluídas ações com decisões definitivas e cautelares, além de 27 ADIs sem decisão, totalizando 58 ações.

Como já mencionado anteriormente, os tipos de análise adotados para o tratamento dos dados perpassará por duas lógicas distintas: uma quantitativa e outra qualitativa. A análise quantitativa das decisões visa estabelecer um diagnóstico do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil, no período recortado. Para esse escopo foram construídos gráficos¹⁰ com o intuito de ilustrar a média de tempo que o Tribunal leva para proferir decisões, ações procedentes e improcedentes, deferidas e indeferidas, prejudicadas e não conhecidas, as matérias das ações e ações que não apresentam decisão.

⁸ Essas 58 ADIs correspondem às ações de número: 1420, 1497, 1501, 1749, 1805, 1946, 1967, 2024, 2025, 2027, 2031, 2033, 2046, 2047, 2055, 2096, 2135, 2199, 2242, 2356, 2362, 2395, 2666, 2673, 2732, 2760, 2883, 3099, 3104, 3105, 3128, 3133, 3138, 3143, 3172, 3184, 3297, 3308, 3363, 3367, 3392, 3395, 3431, 3432, 3472, 3486, 3493, 3520, 3653, 3684, 3685, 3800, 3854, 3855, 3872, 3998, 4014, 4282.

⁹ Destas 11 ações, 3 foram julgadas em sede cautelar antes do pronunciamento em sede definitiva.

¹⁰ Os gráficos integram o texto da monografia, mas as tabelas, devido ao grande número de dados, foi inserida nos anexos da monografia, de forma que caso o leitor queira maiores detalhes sobre os dados que serão apresentados no decorrer do trabalho, deve recorrer aos anexos.

A partir desta análise será construído um panorama de como se dá a delimitação de pauta no STF, procurando-se a resposta das questões:

1. Quais as características das ADIs interpostas pela impugnação de emendas constitucionais, ou seja, qual a temática predominante e porque.
2. Como é definida a pauta do STF e quem detém maior poder nesse momento.
3. Quais os conflitos envolvidos na definição de pauta.
4. Quais os contrastes encontrados em relação ao tempo que o STF leva para decidir as diversas ADIs e se existe um padrão para a definição da pauta que as colocará em julgamento.

Os dados utilizados para a construção deste panorama e que responderão as questões propostas, foram retirados também do sítio do STF, por meio da opção "andamento processual", na qual se pode verificar a data em que a ação foi proposta, se foi ela decidida ou não e, se o foi, qual a distância temporal entre sua proposição e seu julgamento.

Em um segundo momento, será realizada a análise qualitativa, cujo foco é o conteúdo dos votos dos ministros nas decisões definitivas, que foram conhecidas e que não foram declaradas como prejudicadas (com exceção das ADIs que foram julgadas em sede cautelar e depois declaradas como prejudicadas por perda do objeto), e cautelares, num total de 19 ações. O objetivo é encontrar critérios que levem à melhor compreensão das respostas às perguntas anteriormente propostas.

Para conferir maior objetividade às análises que farei, os critérios perseguidos se pautarão:

- i) na concepção dos Ministros sobre cláusulas pétreas,
- ii) no entendimento dos Ministros acerca da separação dos poderes,
- iii) em qual o caminho percorrido pelo tribunal para a compreensão da lógica do processo político quando nos referimos à aprovação de emendas constitucionais pelo Congresso Nacional,

- iv) quais as implicações fáticas e políticas das emendas e das decisões das ADIs analisadas para a sociedade e até que ponto essas implicações são consideradas nos votos dos Ministros,
- v) como o Tribunal considera sua legitimidade para intervir nesses casos.

Posteriormente a essas análises, serão construídos critérios para dar maior clareza ao modo como é delimitada a pauta de julgamento das ADIs do banco de dados pelo STF.

3. Análise quantitativa

Com intuito de diagnosticar e apresentar os dados que motivaram a construção desta monografia é que estruturei a análise que se seguirá. Portanto, esta análise terá o objetivo primeiro de descrever os fenômenos ocorridos no controle concentrado de constitucionalidade de emendas constitucionais e, conjuntamente, apresentar algumas considerações mais gerais a respeito dos dados.

3.1. Matéria das ADIs: tendências.

Das 58 ADIs selecionadas para análise neste trabalho, metodologicamente classifiquei as matérias das ações em: previdência social, organização da Administração Pública, processo eleitoral, questões processuais e tributário.

Estão compreendidas na matéria previdência social questões relativas a mudanças introduzidas no regime de previdência social público, como a instituição de contribuições para servidores públicos inativos, aumento do valor das contribuições para os ativos e etc. Apesar da corrente doutrinária majoritária considerar a contribuição previdenciária como tributo, posição

majoritária também no STF e que adotarei para os fins desta monografia, escolhi a divisão metodológica em duas frentes distintas (previdência social e tributário) devido à expressividade dos números de ações referentes à previdência social.

Na matéria organização da Administração Pública, estão compreendidas mudanças estruturais no desenho das instituições, criação de novos órgãos, criação de fundos, modificações no modelo de transferência de recursos e etc.

Em processo eleitoral estão questões relativas a mudanças constitucionais que introduziram no ordenamento a reeleição e questões ligadas à formação de coligações entre os partidos.

Em questões processuais estão inseridas discussões acerca de mudanças que determinaram um "novo processo", como a instituição da necessidade de novos requisitos para a proposição de determinadas ações.

Finalmente, na categoria tributário, foram englobadas questões que se referem a criação, prorrogação ou majoração de tributos.

No gráfico acima, pode-se verificar que a matéria mais recorrente no conjunto de ações analisadas é a organização da Administração Pública, com 38% (22 ações). Em segundo lugar, com 36% (21 ações), está a previdência social. Em terceiro lugar, com 16% (9 ações), está a categoria de tributário. Em quarto lugar está a matéria questões processuais, com 7% (4 ações). E em quinto lugar, como apenas 3% (2 ações), está a categoria processo eleitoral.

A matéria que apresenta um dos maiores números de ações se refere à previdência social apontando para 36% das ADIs. Estas tratam basicamente da impugnação das ECs 20-98 e 41-03. Este número expressivo se justifica devido ao fato de que essas duas emendas participaram da chamada "reforma previdenciária" implementada tanto no governo FHC (1998) quanto durante o governo Lula (2003), trazendo significativas mudanças no regime de previdência brasileiro, principalmente no que toca à aposentadoria dos servidores públicos estatutários. As mudanças introduzidas resultaram do grande déficit por que passava os cofres da seguridade social (compreendida, como dispõe a CF, em assistência social, saúde e previdência social), este gerado principalmente por conta dos diversos anos que os servidores públicos estatutários eram

beneficiados por um regime previdenciário que os garantia aposentadoria com valores integrais, ou seja, receberiam seus benefícios em consonância com a remuneração recebida à época em que se tornassem inativos, sem nunca sequer terem tido a obrigação de contribuir.

Tais benefícios foram retirados a partir da emenda 20-98, momento em que esta categoria de servidores públicos, enquanto ativos, passaram a contribuir com a previdência social.

Porém, o déficit ainda se mostrava elevado, motivo pelo qual, durante o governo Lula, uma nova reforma se fez necessária. Dessa vez, por meio da emenda 41-03, os servidores públicos em regime estatutário observaram uma drástica redução nos benefícios que seriam por eles percebidos quando se tornassem inativos. Houve o estabelecimento de um teto do valor dos benefícios que seriam percebidos por esta categoria, da mesma forma que se instituiu que mesmo os servidores já inativos e pensionistas deveriam agora passar a contribuir, tendo em vista que por muitos anos se encontraram em situação de benefício em relação ao regime geral de previdência.

Outrossim, além destas transformações, outras tantas como o caráter do regime de previdência social público foram introduzidas. Após a emenda 20 o caráter do sistema previdenciário público se tornou retributivo, ou seja, uma vez pagas as contribuições pelos servidores, ao se aposentarem, teriam direito a perceber seus proventos sem a necessidade de novas contribuições. Porém, ao ser inserida no ordenamento a emenda 41, algumas características do sistema se moldaram de forma a tentar uma equiparação entre o regime geral de previdência e o regime público, passando este a ter caráter solidário.

A partir desta breve explicação, é possível perceber algumas das razões que levaram a alta proliferação de ADIs impugnando as mesmas emendas constitucionais, em diferentes ou semelhantes artigos. De outra maneira, as mudanças introduzidas não se deram somente em relação ao regime público de previdência social. Embora tenha sido este setor o mais afetado pelas reformas, outros setores também o foram, de forma que

algumas das ADIs, ainda que em menor quantidade, se reportam a outras questões trazidas pelas emendas. Tais como a modificação trazida pela emenda 20, que estabeleceu um teto de 1.200 reais para o pagamento do salário maternidade, de forma que a complementação deste valor deveria ser realizada pelo empregador.

As mudanças introduzidas na Constituição sobre previdência social, aparentemente geraram grande mobilização de setores da sociedade civil e de setores políticos em menor grau, que passaram a representar seus interesses a partir de associações de classe e de alguns partidos políticos (uma vez que estes eram legitimados para propor ADIs), respectivamente, buscando no STF uma maneira de reverter a redução de benefícios e a majoração de contribuições geradas por essas modificações constitucionais, que não eram benéficas para diferentes setores da sociedade e, portanto, trouxeram grande insatisfação.

Outra matéria que mostra número significativo de ações propostas é a referente à organização da Administração Pública, que representa mudanças estruturais da Administração, como novos desenhos das instituições, modificação na competência de alguns tributos, transferência de recursos, modificações no regime de servidores públicos (excetuando-se as mudanças previdenciárias enquadradas na categoria anterior), mudanças orçamentárias e etc.

Com relação a essa matéria, 22 ADIs foram propostas impugnando diversas emendas tanto no governo FHC, quanto no governo Lula, representando 38% das ações propostas. Nessa temática, uma emenda em especial foi o alvo da maioria das ações: a EC 45-04. Esta emenda trouxe um rearranjo do Poder Judiciário, também chamada "reforma do Judiciário", e que gerou grande mobilização dos setores atingidos por essa reforma, representados pelas associações de classe que atuam diretamente na Justiça, tais como o Ministério Público, a Magistratura, a Ordem dos Advogados do Brasil, entre outras.

A emenda 45 introduziu novos institutos, como o instituto da repercussão geral, que ofereceu importante filtro de recursos

extraordinários para o STF (lembrando que estes recursos hoje ocupam o maior número de ações da pauta do tribunal) e a súmula vinculante, os quais garantiriam mais poder e autonomia para diferentes setores do Poder Judiciário. Todavia, ao mesmo tempo em que o STF adquiriu maior autonomia para a definição de sua pauta, a referida emenda impôs limitações à esse poder ao criar o CNJ, Conselho Nacional de Justiça, órgão de fiscalização interna do Poder Judiciário, mas que conta com membros alheios a esse poder, quais sejam advogados indicados pela OAB, membros do Ministério Público e inclusive deputados federais. Estas e outras modificações, trazidas também por outras emendas, como a emenda 19-98, que serão abordadas de modo mais profundo ao longo desta monografia, também geraram insatisfações principalmente dentro dos setores a que foram dirigidas, levando novamente a uma alta proliferação de ações nesta matéria.

No que concerne a modificações no âmbito tributário, 9 ações, ou 16% do total, foram propostas com o objetivo de impugnar novos tributos criados ou questionar mudanças na tributação. As ADIs supramencionadas foram em grande maioria propostas contra a instituição da CPMF – contribuição provisória sobre movimentações financeiras – e suas sucessivas prorrogações. A CPMF, contribuição debitada diretamente em conta bancária pela instituição financeira a cada movimentação realizada pelo correntista, foi muito contestada em diferentes meios da sociedade e por partidos políticos não adeptos de sua instituição ou prorrogação. Bem se sabe que a carga tributária brasileira está longe de ser razoável, de forma que a instituição ou majoração de tributos leva invariavelmente a insatisfações por parte daqueles afetados, que em geral, correspondem à sociedade civil como um todo.

Na matéria questões processuais, a classificação assim se procedeu por conta de ADIs que impugnavam preceitos da EC 45-04 que apenas traziam algum tipo de modificação processual, sem grande relevância para os fins deste trabalho. Essa matéria conta com apenas 4 ações interpostas, que representam 7% do total de dados coletados e analisados.

Por fim, a matéria que conta com apenas 2 ações e que representa apenas 3 % do total analisado, é a que trata de processo eleitoral. O número de ações sobre este tema não significa que ele seja menos importante. Uma das ações impugna a mudança constitucional que trouxe a possibilidade de reeleição por mais um mandato para os chefes do Poder Executivo, a EC 16-98. A outra impugna uma parte da EC 52-06 que constitucionalizou a liberdade dos partidos políticos para estabelecerem suas coligações partidárias em nível federal, estadual e municipal, sem a necessidade de ser adotada a regra da verticalização, vigente à época por conta de resolução do Tribunal Superior Eleitoral, na qual os partidos políticos, necessariamente, teriam que adotar a mesma coligação realizada para as eleições de Presidente da República para os demais níveis em que possuísem candidatos.

A partir do exposto, o que se nota, é que a maioria das ações propostas apresenta dois escopos básicos: um referente ao poder e outro no que tange aos recursos, o primeiro no sentido de rearranjo institucional e o segundo no sentido de remuneração, benefícios, transferência de recursos, questões orçamentárias e aumento da tributação.

Basta observar que referente a modificações que atingiram os bolsos dos brasileiros via emenda constitucional, no período analisado, a grande maioria destas foram trazidas ao STF para que uma nova análise fosse realizada. Considerando as ações relativas à matéria tributária e ainda às ligadas à "reforma previdenciária", nos deparamos com um total de 52% das ações que visam ou visavam diminuir o impacto tanto do aumento de contribuições, quanto da diminuição de benefícios.

Na outra mão, nos deparamos com um percentual de 38% das ações que se referem à organização da Administração Pública que em grande parte representa modificações estruturais dentro dos poderes, como a criação de novos órgãos (CNJ, com a EC 45-04), redesenho das instituições, modificações de competências, dentre outras. E 3% das ações que dizem respeito a modificações no processo eleitoral, que também condiz com modificações ligadas à idéia de poder, uma vez que tratam da regulação do processo de seleção de novos governantes via voto direto dos eleitores e de

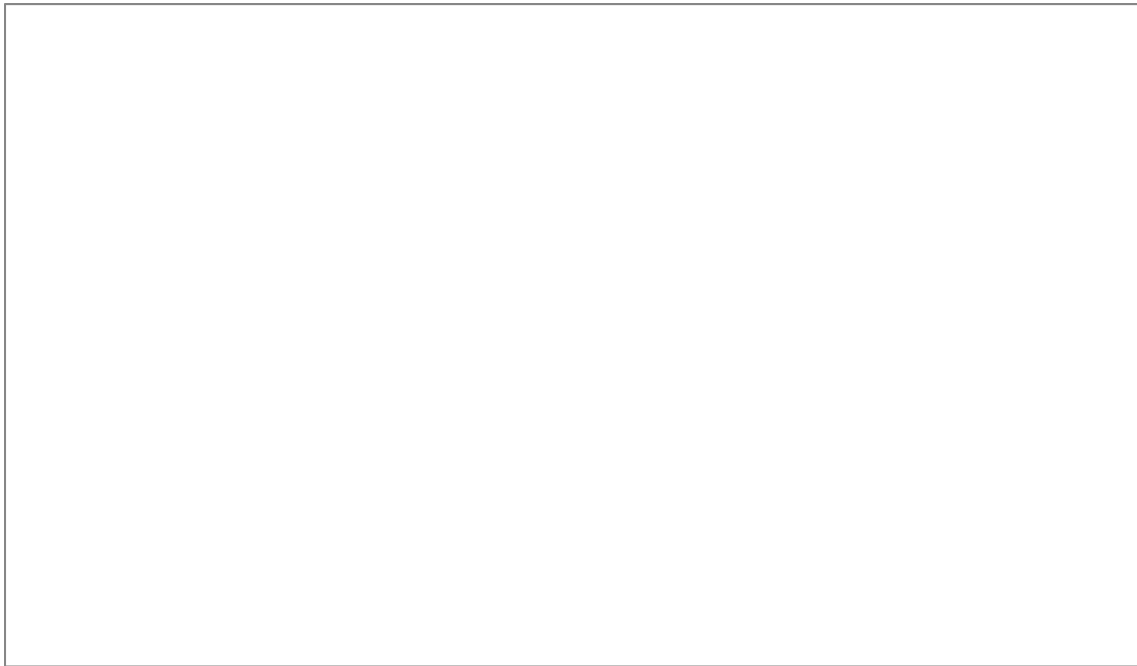
como se dará a organização dos partidos e a definição de seus candidatos e coalizões no período anterior às votações. O que resultaria em 41% de ações relativas à idéia de poder.

Entretanto, fora dessa lógica se encaixariam apenas as 4 ações referentes ao que chamei de questões processuais e que representam apenas 7% das ADIs analisadas.

O que se depreende desta constatação é que a sociedade, uma vez que não pode simplesmente se organizar para propor ADIs, canalizava seus interesses àqueles legitimados a propor ADIs, que passaram a, de certa maneira, representar os interesses da sociedade via associações de classe, partidos políticos e etc. Este fato pode ser justificado por conta da maior sensibilização social à alterações que tragam algum encargo financeiro que mobilizaram diferentes associações, ou no caso dos setores ligados aos poderes da República (partidos políticos), alguma minoração ou restrição de poder, ou mesmo a majoração de uma parcela de poder do outro.

3.2. Julgamentos das ADIs do banco de dados

No capítulo metodológico já houve menção a um dos fenômenos notados quanto às ADIs que impugnam emendas constitucionais: o de que se analisadas a totalidade das 58 ações selecionadas, 31 possuem decisões, sendo que destas 25 são definitivas e 6 cautelares. Resta, então, um total de 27 ações que ainda não foram decididas, sendo que todas estas, sem exceção, possuem pedidos de medidas cautelares.



Tendo em vista a grande carga de ações que permeiam a pauta do STF, que recebe centenas de milhares de ações ao ano, se poderia justificar a ausência de decisão em 47% das ações analisadas como uma conseqüência dessa sobrecarga. Contudo, o que salta aos olhos é que algumas dessas ações foram decididas, mesmo em sede definitiva, de forma surpreendentemente rápida, como se houvesse um “furo” de pauta no caso de algumas ações e outras ficassem esquecidas no tempo esperando talvez o melhor momento para serem decididas¹¹. Tal constatação nos levaria a perguntar: como é definida a pauta do STF? E com base em quais critérios se dá esta definição?

Esta reflexão é de suma importância para um diagnóstico do real papel que o STF vem desempenhando acerca do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, pois como assevera Dimitri Dimoulis em seu artigo “O poder de definição da pauta no Supremo Tribunal Federal”:

¹¹ Os dados referentes a distância temporal compreendida como o tempo decorrido entre a proposição das ações e seu posterior julgamento, estão disponíveis na tabela do anexo 1 nas páginas 96 e seg. desta monografia.

“A reflexão sobre o exercício do poder de determinar a pauta possui uma evidente dimensão política no âmbito do processo constitucional. Quem exerce, de *iure* ou de *facto*, o poder de determinar a ordem de julgamento de ações, cujo resultado pode ser o afastamento de atos normativos, influencia, de maneira decisiva, a vida econômica e política. Uma célere declaração de inconstitucionalidade pode inviabilizar um projeto político, sendo que a mesma decisão ocorrida anos ou décadas depois normalmente tem efeitos muito mais limitados”¹²

Ao se tratar da constitucionalidade de emendas constitucionais, que como elucidado no capítulo anterior, se apresentam recheadas de matérias de cunho político, ligadas à idéia de poder, ou de cunho econômico, o STF é colocado como participante do processo político nesses setores, podendo definir, a partir do controle abstrato de constitucionalidade dessas normas, a viabilização ou não de determinada política.

O que se depreende da análise da temática dos dispositivos impugnados pelo conjunto de ações do banco de dados da pesquisa é que a maioria das emendas impugnadas trazia em si conteúdo de políticas públicas. Como evidencia Maria Paula Dallari Bucci, ao definir o conceito de políticas públicas como:

“programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”¹³

A partir dessa definição, a consideração de que o conteúdo das emendas impugnadas por meio de ADIs se referem à políticas públicas fica mais evidente quando se trata de emendas que trouxeram mudanças no setor previdenciário. Isso pois, a crise que se instaurou nesse sistema, passou a exigir uma atitude dos poderes políticos no poder. Também no caso de emendas que introduziram mudanças tributárias pode-se evidenciar

¹² D. Dimoulis e S. G. Lunardi, “O poder de definição da pauta no Supremo Tribunal Federal. Reflexões sobre um caso de configuração autocrática do processo objetivo”. Artigo concluído após serem ministradas aulas sobre o tema na SBDP. 2008.

¹³ M. P. D. Bucci, “Políticas Públicas e Direito Administrativo”, São Paulo, 2002.

o conteúdo de políticas públicas, devido ao fato de que o aumento ou criação de algum tributo estão ligados a necessidade de alocação de mais recursos em algum setor, recursos estes que precisam ser capitados de alguma forma, que geralmente é a tributária.

Entretanto, também em algumas emendas promulgadas com o objetivo de "organização da Administração Pública" pode-se notar a implementação de uma política pública. Apesar de ser mais lógico relacionar essa matéria a mudanças estruturais dentro da Administração, que não teriam haver com políticas públicas, quando se evidencia que há uma situação de crise estrutural, como a crise do Poder Judiciário, que afeta a sociedade civil negativamente, o que se denota é que as mudanças estruturais introduzidas se relacionam com a necessidade de uma atuação política na questão, no sentido de modificar a conformação de determinadas estruturas que não estão funcionando para a sociedade.

Dessa forma, para solucionar o problema do exemplo acima, foi criada e promulgada a EC 45, que visava proteger o interesse público, o qual necessita de um Poder Judiciário que funcione bem. Assim, poder-se-ia alegar que esta emenda teria características de política pública, embora aparentemente pareça se referir somente às questões organizacionais da Administração.

Dentro da lógica apresentada é que se destaca a importância política que passa a ter o STF ao proferir ou não decisões sobre as emendas constitucionais impugnadas. Assume o Tribunal grande responsabilidade ao, de certo modo, interferir na dinâmica de delimitação e implementação de novas políticas governamentais ao se pronunciar de forma desfavorável a determinada emenda, declarando sua inconstitucionalidade.

Ainda, ao não se pronunciar de forma alguma sobre as matérias a ele trazidas se exime de dar sua posição, permanecendo silente sobre o assunto e comprometendo a eficácia de uma decisão posterior que declare a inconstitucionalidade de determinada emenda, tendo em vista que terá se passado muito tempo da vigência da mesma. Assim, escolhe o Tribunal se vai se pronunciar sobre determinados casos e se não vai sobre outros.

Para melhor compreensão do fenômeno analisado, cabe destacar que a definição da ordem de julgamento das ADINs é regida pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). Trata-se de texto normativo editado pelo STF em 1980 e que o próprio Tribunal considerou recepcionado pela Constituição Federal de 1988. O RISTF é a única referência normativa nesse âmbito, pois faltam previsões sobre a ordem de julgamento na Constituição e na legislação ordinária.

O RISTF dispõe que cabe ao Relator pedir dia para julgamento dos feitos “nos quais estiver habilitado a proferir voto” (art. 21, X); estipula prazo de 30 dias “para o visto do Relator”, não se aplicando essa limitação em caso de “acúmulo de serviço” (art. 111, inciso III e caput); e que as ações diretas de inconstitucionalidade encontram-se entre as classes processuais que têm “prioridade” para julgamento no Plenário (art. 145 caput e inciso VIII).

Desse modo, fica evidenciado que não há efetiva limitação quanto à possibilidade do relator em escolher o tempo de apresentação de seu relatório e de seu voto. Ademais, como já dito, o STF sempre apresenta “acúmulo de serviço”, devido ao grande número de ações propostas anualmente, sempre havendo motivos para que o prazo de 30 dias não seja cumprido.

Assim, denota-se o importante papel do relator para a definição da pauta no Tribunal, pois apesar das regras contidas no RISTF, o que se observa é que há grande discricionariedade deste para definir a ordem de julgamento das ações e o momento desse julgamento.

Partindo-se então para a análise das ADIs pertencentes ao banco de dados da pesquisa, notamos que no caso das ADIs que foram decididas definitivamente, com base na tabela constante do anexo 1¹⁴, a média¹⁵ de tempo para que seja proferida decisão é de 2,76 anos, aproximadamente,

¹⁴ A tabela do anexo 1, constante na pg. 96, mostra de forma mais clara o tempo que o Tribunal levou para proferir as decisões.

¹⁵ O método utilizado para a obtenção desta média consistiu na somatória das distâncias temporais entre a proposição e o julgamento definitivo da ação, de forma que o valor obtido neste computo foi dividido pelo total de 24 ações inseridas na categoria de decisões definitivas.

se contarmos todas as 25 ações em que esse tipo de decisão foi proferida. Entretanto, existe um paradoxo latente, já que uma das ações desse grupo obteve decisão em tempo recorde no STF, sendo decidida em apenas 14 dias, qual seja a ADI nº 3685, e outra, a que teve a maior demora para obter julgamento, a ADI nº 2024, demorou 7 anos e 10 meses, aproximadamente, para receber decisão definitiva.

Os casos citados não representam os únicos casos em que se podem contrapor tempos tão divergentes para que o Tribunal profira decisão. Ao se analisar cuidadosamente a distância temporal entre a data de proposição da ação e seu julgamento, percebe-se que algumas decisões definitivas foram decididas em alguns meses, enquanto outras demoraram 6 anos ou mais, como o exemplo alarmante da ADI nº 2024.

Para as decisões de medidas cautelares a lógica é um pouco diferente. Os requisitos que justificam a proposição de medidas cautelares são o *fumus bono iuris* (fumaça de bom direito) e o *periculum in mora* (perigo de demora). Ou seja, para que uma medida cautelar seja concedida, é necessário que haja algum indício de que o direito pleiteado realmente exista e que haverá algum perigo de prejuízo, caso seja demorado para proferir decisão. Dessa forma, nesse tipo de medida, não é analisado o mérito em sua totalidade, sendo um julgamento antecipado da causa em face do perigo que a falta de decisão pode gerar. Outrossim, este tipo de decisão é considerado provisório, sendo que posteriormente, a partir de uma análise mais aprofundada do mérito, é que será proferida decisão definitiva.

Isto posto, verifica-se que a média de tempo para proferir decisão em sede cautelar é de 9,60 meses aproximadamente¹⁶, sendo que a base de dados para esse cálculo contou com 13 ações, 6 que somente possuem decisões em sede cautelar no presente momento e mais 7 que já possuem definitivas, mas que tiveram suas medidas cautelares julgadas. Ao compararmos o tempo real de julgamento das ADIs desse grupo, notamos que a ADI nº 1805 teve sua medida cautelar decidida em apenas 8 dias,

¹⁶ A construção desta média também obedeceu aos mesmos critérios da construção da média anterior.

enquanto a ADI nº 2135 somente recebeu decisão cautelar 7 anos e 6 meses após ter sido proposta.

Esta última ADI apresenta um dado alarmante, pois o direito que se visava proteger, devido a demora, certamente já havia sofrido prejuízos irreparáveis por conta de sua vigência no ordenamento brasileiro após passados tantos anos de sua promulgação. Este fato, de certa forma, inviabilizaria decisão favorável aos autores, uma vez que o Tribunal incorreria em grave incoerência caso a deferisse, entretanto a deferiu em parte.

No entanto, esta é a única ADI em que se nota uma distância temporal tão grande entre a proposição da ação e seu julgamento, tanto que se excluirmos esta ação do computo da média de tempo das cautelares nos deparamos com uma demora de 2,90 meses aprox. para que fosse proferida decisão em sede cautelar.

Como observado no caso das decisões definitivas, também em sede cautelar não se evidencia um padrão temporal de decidibilidade. Muito embora se perceba que a maioria das ações cautelares foi decidida em pouco tempo, fato que se daria devido às próprias características dessas medidas, ainda se nota certa discrepância entre os diferentes intervalos de tempo decorridos até o julgamento das medidas.

3.3. Resultado das decisões

Ao se analisar os resultados das ADIs que foram decididas em sede definitiva, conforme apresenta o gráfico a seguir, pode-se verificar que 8 ações foram declaradas como prejudicadas, 6 ações não foram conhecidas no mérito, 6 ações foram julgadas improcedentes, 4 ações procedentes em parte e somente 1 foi julgada procedente.

Quando se toca no controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, é necessário se considerar os limites formais impostos para a aprovação destas no Congresso Nacional, limites estes colocados no artigo 60, §2º da CF. Tomando por base este artigo, cabem aqui mais explicações quanto aos conflitos e limitações envolvidos na aprovação de emendas constitucionais pelo Legislativo e suas conseqüentes implicações para o STF, no momento em que são os Ministros obrigados a decidir sobre emendas no controle abstrato de constitucionalidade de normas.

Assim dispõe o artigo 60 da CF:

“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;

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.” (destaques meus)

Conforme se observa no § 2º, existe uma dificuldade imposta pelo legislador constituinte originário ao legislador derivado. A necessidade de alto quórum do Poder legislativo para que sejam aprovadas emendas demanda que os membros deste Poder, os quais advém de diferentes partidos políticos que muitas vezes se opõem uns aos outros, formem alianças entre si para a defesa de seus interesses, fazendo com que a máquina legislativa não fique estagnada.

Assim, quanto maior o número de parlamentares necessários para a aprovação de qualquer decisão, maiores são os custos processuais, pois a necessidade de barganha entre aqueles interessados na aprovação da emenda e aqueles que fazem oposição a esta corrente partidária aumenta. Do modo diverso, quanto menor o número de votos necessário para aprovação de uma norma, menor será a necessidade de se barganhar.

Isso ocorre por motivos óbvios, pois quando há a necessidade de alto quórum, como no caso das emendas que necessitam de três quintos para que sejam aprovadas, não bastam as coalizões já formadas dentro do Congresso entre partidos que se identificam e que não se contrapõem, pois este quórum não será suficiente. Assim, torna-se necessária a formação de alianças com a oposição, formando novas coalizões que viabilizem a aprovação das emendas.

O mesmo, porém, não ocorre com processos decisórios que demandam quórums menores para a aprovação de determinada norma, pois nesses casos a necessidade de barganha poderá considerar os partidos, por vezes, de forma alternativa, ou seja, não havendo concordância de alguns desses indivíduos, pode-se obter a anuência de outros em seu lugar, tornando-se mais fácil decidir.¹⁷

Nesse sentido, evidencia-se a existência de altos custos envolvidos, para os partidos, no processo de aprovação de emendas por conta da necessidade de barganha e de negociações dentro do Parlamento. A emenda aprovada, assim, carrega em si grande teor democrático, pois tem grande parte do Legislativo favorável a sua promulgação e a conseqüente implantação de determinada política ou modificação.

É nesse contexto que o STF é chamado a discutir a decisão tomada no âmbito mais democrático dos poderes, assim considerado por ser o *locus* mais representativo da sociedade em geral, assumindo então grandes riscos e atribuindo um alto custo político às suas decisões¹⁸.

Seria então natural que o Tribunal se mostrasse mais tímido ao proferir decisões contra a decisão legislativa nessa área, o fazendo somente quando estritamente necessário e quando a inconstitucionalidade fosse incontestável e realmente danosa.

¹⁷ C.G.Couto, *O avesso do avesso – conjuntura e estrutura na recente agenda política brasileira* in *São Paulo em perspectiva*, vol. 15, 2001.

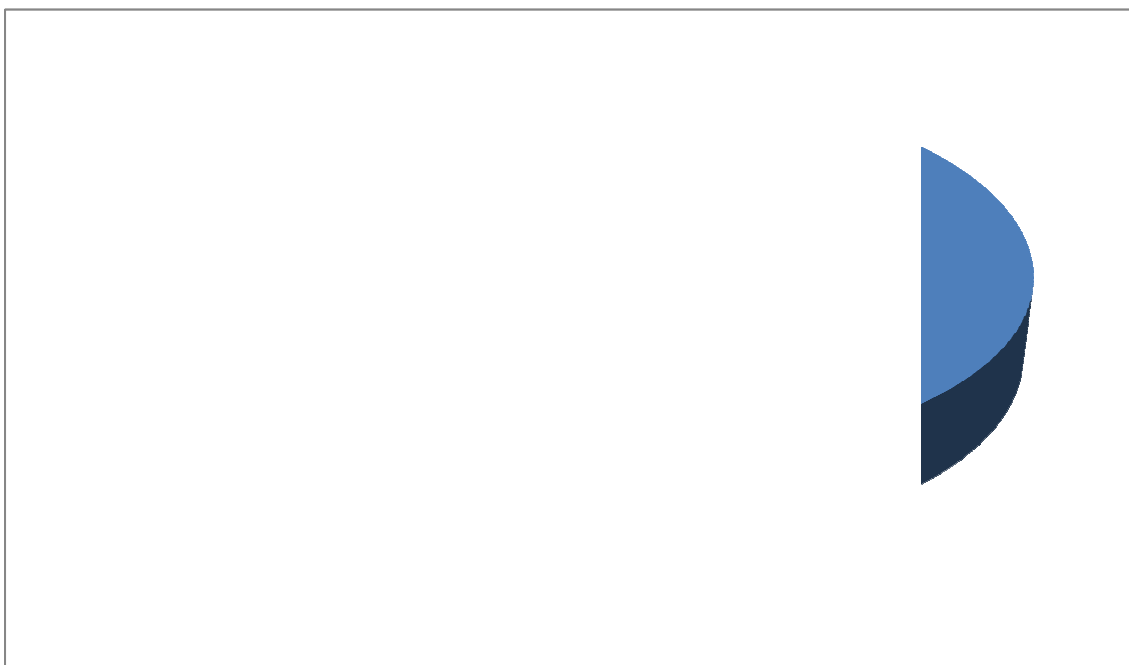
¹⁸ C. H. Mendes, "Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação", tese de doutorado apresentada ao Departamento de Ciência política da USP em 2008.

Entretanto, o que se depreende do gráfico exposto acima é que 1 decisão foi pela procedência da ação e 4 pela procedência em parte totalizando um total de 20% de decisões favoráveis aos autores no todo ou em parte.

Em oposição a esse dado, 6 ações foram declaradas improcedentes, o que corresponde a 24% do total de ações decididas definitivamente.

Percebe-se que o posicionamento do Tribunal nesta sede de decisão aparentemente se mostra equilibrado. Embora se esperasse uma posição mais retraída do STF em função da responsabilidade que assumem os Ministros ao terem que analisar emendas constitucionais, as quais envolvem grandes custos para sua aprovação dentro do Legislativo em comparação com o processo de aprovação de leis ordinárias.

Quanto aos resultados encontrados no conjunto de ações que somente foram julgadas em sede cautelar até o momento, 6 ações, os resultados encontrados apontam para 4 ações deferidas, 1 indeferida e 1 deferida em parte.



Todavia, apesar do número de cautelares deferidas, a posição do STF se mostra aparentemente equilibrada no que tange aos resultados totais das decisões, se compararmos as cautelares com as definitivas. Vide o fato de que há uma forte correspondência, dentro das ações que foram conhecidas e que não foram julgadas prejudicadas, entre o número de decisões que são favoráveis aos autores, àquelas que não o são. Como se observa, em sede definitiva 1 ação foi procedente, 4 procedentes em parte e 6 improcedentes, enquanto em sede cautelar 4 foram deferidas, 1 deferida em parte e 1 indeferida. Isso demonstra que, em tese, 5 ações foram totalmente favoráveis aos autores, 5 ações foram favoráveis em parte e 7 ações foram desfavoráveis.

Considera-se a posição do STF como equilibrada, ao juntar os resultados de cautelares e definitivas, pois em relação as decisões cautelares, percebe-se uma questão muito relevante, qual seja o fato de que as ações decididas em sede cautelar, somente recebem decisão definitiva, muitos anos depois. Apesar de as decisões cautelares não analisarem, em tese, o mérito em sua totalidade, sendo que somente decisão definitiva o faria, ao se analisar o tempo que se leva para que seja proferida decisão definitiva, nota-se que este se apresenta bastante alto. Ou seja, muitas definitivas não chegam sequer a ser proferidas, de modo que as decisões cautelares por vezes vigoram durante um período tão longo que passam a ter características de definitivas¹⁹.

Mesmo porque seria muito grave por parte do Tribunal declarar, em sede cautelar, que uma emenda constitucional é inconstitucional, revogando-a então do ordenamento, ou indeferir a cautelar, declarando ao mesmo tempo a constitucionalidade da norma e vir depois a mudar de entendimento em sede definitiva, tendo em vista a demora para se proferir este tipo de decisão após já ter sido decidida a cautelar. Como se sabe, a decisão em controle concentrado possui, em geral, efeito *ex tunc*,²⁰ ou seja,

¹⁹ As informações que embasaram estas afirmações podem ser verificadas na tabela constante no anexo 1, páginas 96 dessa monografia.

²⁰ Artigo 27 da Lei 9.868: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços dos seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia após seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado." A transcrição deste artigo serve para elucidar o

retroage em seus efeitos, sendo que uma decisão definitiva contrária ao entendimento na cautelar, a qual teria vigorado por muitos anos, traria forte insegurança jurídica, motivo pelo qual é tão relevante o julgamento da cautelar no que concerne às emendas constitucionais, para representação dos resultados das decisões das ADIs.

3.4.Custos decisórios para o tribunal

Após analisados os dados de todas as ADIs que foram decididas, voltarei agora a questão que tange à demora do STF em proferir decisões e ao gritante número de ações que não foram decididas, para fazer uma análise das possíveis hipóteses que levam os Ministros a proferir decisões tão rápidas em alguns casos e tão lentas em outros, ou a simplesmente não se pronunciar sobre determinadas ações relegando sua decisão ao tempo e seus desígnios.

Obviamente que um raciocínio mais lógico e elucidativo sobre a questão da utilização do tempo pelo Tribunal, somente adquirirá maior representatividade e força após a análise qualitativa das ações que levará em consideração a gravidade da inconstitucionalidade pleiteada pelos autores, bem como os riscos trazidos pela emenda caso esta permaneça vigorando. Esta análise será feita em momento oportuno nos capítulos seguintes. Entretanto, com o intuito de dar maior clareza aos argumentos até agora apresentados e àqueles que virão, passarei a expor algumas conclusões que cheguei após a análise dos dados e algumas hipóteses que confirmarei no decorrer do trabalho.

Dessa forma, notamos que ao se considerar que as decisões para aprovação de emendas constitucionais envolvem altos custos para o Legislativo, considerando-se as alianças que as diferentes frentes

emprego da expressão “em geral” para falar que a decisão em controle concentrado possui efeito “ex tunc”. Pois como se vê aqui o tribunal pode declarar que terá efeito “ex nunc”, ou modular os efeitos da decisão. Entretanto, a maioria das ações é declarada com efeito “ex tunc”, o que serve para embasar as alegações feitas no parágrafo.

partidárias políticas tem que fazer para obtenção do quórum qualificado, verifica-se que o STF teria que tomar cuidado ao proferir decisões que contrariassem decisões políticas tomadas em sede democrática, pois estas envolvem um complexo e custoso processo, bem como muitos debates por parte dos parlamentares e da sociedade civil anteriormente às suas aprovações.

Dessa forma, ao declarar a inconstitucionalidade de emendas constitucionais, o ônus argumentativo do Tribunal aumentaria bem como sua responsabilidade dentro da esfera democrática e de conformação de políticas de governo. Isso se daria pelo fato de que ao revogar emendas constitucionais, ou parte delas, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, na verdade, se estaria de certa forma contrariando decisões políticas que foram resolvidas num *lócus* dos poderes, tocando na separação dos poderes. Explico-me.

O STF, sendo chamado a se posicionar sobre determinada emenda, o faria conforme a necessidade da causa submetida a sua apreciação se mostrasse maior ou menor. Ou seja, em ações que se apresentassem desde logo com inconstitucionalidades flagrantes e que pudessem trazer danos à sociedade civil ou a parte dela, a decisão seria proferida de forma mais rápida para que desde logo fosse sanado o perigo, muitas vezes proferindo a decisão definitiva sobre a causa, antes da cautelar, para que esta transitasse em julgado rapidamente e se extinguisse a discussão. Note-se que isto somente se tornou possível após 1999, quando entrou em vigor a Lei 9.868 que previa em seu artigo 12 a possibilidade de que havendo pedido de medida cautelar, pudesse o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e segurança jurídica, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que teria a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Dessa forma, a meu ver, dois pesos diferentes estariam colocados em dois lados diversos de uma balança, um desses pesos seria o impacto dessa emenda na sociedade civil, considerando este como danoso e carregado de inconstitucionalidades flagrantes e de outro lado a separação de poderes, que compreenderia a hesitação do Tribunal em entrar em conflito com o

Legislativo, ou com o Executivo, quando este propõe alguma emenda constitucional para votação no Legislativo. O peso da separação dos poderes não significa que o STF, ao decidir pela inconstitucionalidade de determinada emenda estaria fugindo do desenho de poderes a ele conferido pela Constituição, ou seja, não teria legitimidade para julgar a causa, mas apenas significa que o Tribunal teria mais responsabilidade em contrariar decisões tomadas em sede democrática por grande quantidade de parlamentares num complexo processo decisório, já que o erro de uma decisão proferida rapidamente nesse sentido poderia vetar mudanças necessárias para o desenvolvimento de algum objetivo do governo para efetivação de políticas públicas, políticas econômicas, mudanças estruturais na Administração para dar melhor funcionamento a esta, ou mesmo contornar alguma crise em determinado setor, como a crise da previdência ou a crise do Judiciário.

Assim, quando um dos lados da balança pendesse mais, levando-se em conta, é claro, a real inconstitucionalidade de determinada emenda, o Tribunal se posicionaria mais facilmente para a declaração de procedência ou deferimento, pois haveria violação grave a interesses da sociedade civil, ou pela improcedência ou indeferimento, no caso em que pendesse mais o conflito com os outros poderes da República.

Dessa forma, a não decidibilidade pode indicar que o tribunal, receoso com os efeitos de sua decisão para sim ou para não, ou ainda pouco amadurecido quanto à questão impugnada, definiria sua pauta de forma a “deixar de lado” ações que exigissem maior risco, por existirem dúvidas quanto a que lado da balança estaria pendendo mais, deixando que o tempo, a discussão na sociedade civil e os efeitos da emenda, falassem por si enquanto esta vigesse.

De outro lado, as emendas que em tese teriam “furado” a pauta do STF, porque decididas em tempo recorde ou em curto período de tempo, trariam um peso maior para a sociedade civil, trazendo prejuízos se viessem a vigor realmente, ou para o conflito com os demais poderes. Este fato levaria o Tribunal há ao menos se posicionar sobre a questão com o intuito

de extinguir logo o conflito apresentado, decidindo mais rapidamente nesses casos.

Conforme aponta Claudio Couto e Rogério Arantes ao citarem Sartori: todo processo decisório envolveria *custos internos* de tomada de decisões para aqueles que decidem e *riscos externos* para os destinatários das decisões. Ao contrário dos custos mais determináveis, aqui compreendidos na lógica do conflito interno entre o Judiciário que julga a norma e o Legislativo que a editou, os riscos externos apresentariam antes uma particular incerteza, percebida por conta de seu potencial perigo de dano, e continuam:

“É de perder (não de ganhar) que se fala quando se trata de risco. O desafio da democracia (ou de qualquer sistema de decisões coletivizadas) é aumentar a probabilidade de resultados satisfatórios e minimizar a probabilidade de resultados danosos. São dois os riscos da ação estatal: principalmente riscos de opressão, mas também (...) riscos decorrentes da incompetência, estupidez ou interesses sinistros.”²¹

Assim, a cautela tomada por parte do tribunal e mesmo sua postura, que por vezes poderia ser considerada como omissa frente à impugnação de emendas constitucionais, por conta do número de ações que ainda aguardam julgamento, estão relacionadas com os riscos e custos envolvidos na decisão dessas questões. Ademais, por outro lado, também existe a tentativa de preservação da integridade e credibilidade do Tribunal, que em caso de dúvida em relação aos reais interesses dos autores, aos efeitos fáticos da emenda ou mesmo quanto a sua inconstitucionalidade, optariam por esperar para que pudessem decidir com mais segurança, deixando que, por hora, prevaleça o entendimento do Legislativo com a intenção de preservar o STF contra eventual possibilidade de erro.

²¹ C.G.Couto, *O avesso do avesso – conjunção e estrutura na recente agenda política brasileira* in *São Paulo em perspectiva*, vol. 15, 2001.

Assim, a demora em proferir decisão poderia ser justificada pelo fato de que talvez o Tribunal preferisse esperar que o debate sobre a questão ocorresse na sociedade civil antes de decidir, com a intenção de não tomar decisões precipitadas que, a longo prazo, poderiam comprometer de forma prejudicial a definição de políticas públicas e também sua credibilidade perante a sociedade e outros poderes.

Ademais, a dúvida também em relação aos interesses reais dos autores que propõem a ação, seria levada em consideração na hora de decidir ou não sobre determinada emenda, evitando, como elucidado na citação acima, riscos decorrentes de interesses sinistros.

A comprovação das hipóteses aqui apresentadas somente será possível após análise mais profunda do teor das decisões e da argumentação dos Ministros. Pois somente a partir desta verificação é que se poderá afirmar com propriedade quais são os reais critérios que levam o Tribunal a se posicionar ou não sobre as ações e a julgá-las de modo favorável ou desfavorável aos autores.

Para tanto, é que a análise qualitativa, que virá a seguir, foi estrategicamente dividida para que primeiro sejam elencadas as questões mais abordadas nas decisões das ADIs, para posteriormente se chegar a uma conclusão mais fundamentada sobre como se dá a definição de pauta do STF.

4. Análise qualitativa das decisões.

Procederei agora a análise qualitativa das ações, com a intenção de identificar quais os argumentos e questões que são mais relevantes na definição da pauta do e julgamento dos conflitos. Na discussão a respeito de emendas constitucionais, muitos conflitos estão envolvidos, como a questão da legitimidade do Tribunal para intervir na conformação dessas emendas, ou para modificá-las, ao revogar no todo ou em parte seu texto. Também é relevante evidenciar qual a amplitude e alcance das limitações impostas ao

legislador derivado, o que definirá em quais momentos poderá o STF declarar a inconstitucionalidade dos preceitos. Ainda, os custos e implicações fáticas das decisões, são de suma importância, pois como elucidado anteriormente, muitas das emendas são exemplos claros de implementação de políticas públicas, ou meios de viabilizar sua implementação.

A partir dessas considerações, primeiramente, farei uma compilação, por meio da argumentação dos Ministros nas ADIs, dos pontos mais abordados por eles na hora de decidir, bem como da forma com que são elaborados esses argumentos, com o intuito de extrair dos votos a racionalidade com que são analisadas as implicações elucidadas no parágrafo anterior. Outro ponto a ser observado é se, dentro da argumentação dos Ministros nos votos, há uma tentativa de objetivar conceitos que por vezes se mostram muito vagos na análise de emendas constitucionais, como cláusulas pétreas, separação dos poderes, bem como os custos fáticos das decisões e emendas.

Após a análise de como são definidos esses conceitos pelos Ministros, na conclusão do trabalho tratarei da junção da análise quantitativa com a análise qualitativa que virá, para estabelecer uma série de critérios que evidenciam como o Tribunal decide, e em quais casos decide mais rápido, ou protela sua decisão. Outro ponto relevante será como os argumentos apresentados a seguir se encaixam para a definição do resultado da decisão.

Para iniciar, cabem aqui considerações a respeito da natureza da CF, e dos conflitos envolvidos no julgamento das ADIs que impugnam emendas constitucionais.

A Constituição brasileira tem natureza rígida, ou seja, existem limitações impostas à sua reforma, dirigidas ao legislador constituinte derivado, que estipulam um complexo processo para a aprovação de emendas constitucionais, além de limitações quanto à matéria que poderá ser objeto de reforma. Dessa forma, a própria da CF impõe obstáculos à modificação de seu texto, que reduzem o poder do constituinte derivado. Os

óbices formais são traduzidos na necessidade de quórum qualificado de dois quintos dos membros do Congresso, em votação em dois turnos, nas duas casas legislativas, para a aprovação de emendas à Constituição. Outras limitações, as de cunho material, seriam as chamadas cláusulas pétreas.

Oscar Vilhena Vieira, evidenciando o caráter rígido da CF brasileira, afirma que essas limitações são necessárias, pois caso contrário, as garantias fundamentais dos cidadãos e os princípios de base da ordem democrática ficariam suscetíveis “a paixões de maiorias eventuais ou, ainda, à miopia inconstante daqueles que buscam maximizar seus interesses imediatos em detrimento de valores de longo prazo, protegidos por uma lei superior”. Dessa maneira, as constituições agiriam como mecanismos de “autolimitação” da sociedade democrática. Esse mecanismo seria um documento rígido, que serviria como proteção da sociedade de “irracionalidades e obscurantismos” que a rodeiam.²²

E continua Oscar V. Vieira, ao falar sobre as limitações do Congresso Nacional para a alteração da CF:

“Daí por que o Congresso Nacional não tem autoridade para alterá-lo sem maiores cerimônias(...) Sua autoridade legislativa é uma mera delegação, recebida dos cidadãos e, portanto, limitada. A Constituição é o documento que contém os limites e as regras dessa delegação. Seria absolutamente ilógico e contrário à democracia que os representantes pudessem alterar a extensão dessa delegação, alcançando-se à posição de autêntico poder constituinte, capaz de realizar uma profunda revisão constitucional. O que se traduziria num simples ato de usurpação da soberania popular. (...) Dentre as Constituições hoje em vigor, a de 1988 é certamente uma das mais flexíveis, visto que três quintos dos parlamentares significam apenas 60% dos membros do Congresso. Muito menos que o exigido, por exemplo, pela Constituição americana, na qual são necessários dois terços dos congressistas somados aos três quartos das Assembléias Legislativas dos Estados (...) Daí a importância, no Brasil, das limitações materiais ao poder de reforma, que impedem a deliberação de emendas tendentes a abolir a Federação, a separação de Poderes,

²² O. V. Vieira, “*Fraude Constitucional*” in *O Neófito – informativo jurídico*. (artigo retirado do site: www.neofito.com.br).

o voto direto, secreto e universal e os direitos e garantias individuais, criando assim uma super-rigidez constitucional em torno de certos preceitos fundamentais da Constituição.²³”

O artigo 60 da CF dispõe sobre as limitações materiais e as limitações formais para a aprovação de emendas. As limitações de cunho formal estão contidas no artigo 60, §2º, da CF. As de cunho material se encontram previstas no artigo 60, §4º, da CF, e determinam quais são as denominadas cláusulas pétreas.

Entretanto, existem dificuldades quanto a real conceituação de qual seria o alcance das cláusulas pétreas, já que o texto constitucional é vago e não remete especificamente a um rol de artigos ou princípios imutáveis. Além disso, o entendimento da lógica do processo legislativo, que parece ser mais objetivo na disposição constitucional, envolve ainda pequenos procedimentos próprios, que podem se mostrar estranhos ao intérprete do STF. Dessa forma, quando o STF é chamado a decidir sobre estes procedimentos, notamos que algumas divergências de entendimento aparecem nos votos dos Ministros.

A respeito das denominadas cláusulas pétreas, assim dispõe o artigo 60, §4º, IV, da CF:

“art. 60, §4º, da CF: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

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

III – a separação dos poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.”

Como se denota da transcrição do artigo, os limites materiais a proposição de emendas, mesmo que pareçam específicos, não o são, já que podem haver diversas concepções sobre qual seria a amplitude da forma federativa de Estado e que emenda ou modificação poderia de fato lesar

²³*Idem cit. Anterior.*

este princípio, ou mesmo sobre os limites e desenhos da separação dos poderes no Brasil. Entretanto, a questão se torna mais complexa quando contemplamos limitações quanto a mudanças que lesem direitos e garantias fundamentais, os quais, em tese, estariam contidos no artigo 5º da CF, mas não só, podendo haver direitos e garantias fundamentais espalhados por toda a Carta da República.

A vagueza de seus dispositivos pode trazer confusões de conceituação e dos limites das cláusulas pétreas, tanto no meio doutrinário, quanto na visão dos Ministros do STF. Como o objetivo do trabalho é a análise do controle abstrato de constitucionalidade de ADIs que impugnam emendas constitucionais, os únicos motivos que justificariam a proposição destas ações seriam incongruências com o disposto na Carta para o processo de aprovação de emendas, o que caracterizaria vícios formais, ou lesão às cláusulas pétreas, momento em que ocorreriam vícios materiais. Portanto, ao ser chamado a decidir nesta sede de controle, o Tribunal teria que estabelecer o alcance dos limites materiais ao poder reformador, bem como observar se o rito estipulado está sendo seguido.

É importante ressaltar, que a dificuldade de conceituação por parte dos Ministros, se dá principalmente quando se toca na questão da amplitude das cláusulas pétreas em relação ao artigo 60, §4º, incisos III e IV, ou seja, na conceituação de qual seria o desenho da separação dos poderes e de quais direitos e garantias fundamentais estariam protegidos por essas cláusulas de imutabilidade e em que medida.

Por conta disso, é que os capítulos seguintes, que tratem sobre cláusulas pétreas, será abordada a questão da amplitude dessas limitações materiais, focando principalmente na discussão dos Ministros a respeito de direitos e garantias fundamentais e da separação dos poderes.

4.1.Considerações dos Ministros a respeito de direitos e garantias fundamentais enquanto cláusulas pétreas da CF.

Na ADI 1420, foi impugnada a EC 10-96 que modificou a redação dos artigos 71, § 2º, e 72, incisos III e V, do ADCT de 1988, prorrogando o tempo de vigência do Fundo Social de Emergência, e mudando sua denominação para Fundo de Estabilização Fiscal. O objetivo inicial da criação do Fundo seria sanear a Fazenda Pública Federal e estabilizar a economia brasileira na vigência do Plano Real. Dessa forma, a União repassava esses recursos normalmente para Estados, Distrito Federal, Municípios e outras fontes, tais como: impostos, taxas e etc. As disposições constitucionais acerca do referido Fundo, garantiam descumprimento "autorizado" do repasse de recursos para o Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal e do Fundo de Participação dos Municípios.

O que se questionou na ADI foi o fato de ter sido prorrogado o tempo de vigência do Fundo, após este já ter se extinguido, fato que faria com que os efeitos da emenda retroagissem, ferindo direito adquirido dos Estados e Municípios em receber novamente recursos do Fundo de Participação.

No julgamento da cautelar deste caso, o Min. Néri da Silveira, em seu voto, trata da questão da extensão das cláusulas pétreas no que tange ao § 4º, IV, do artigo 60, afirmando que este inciso, ao estabelecer limitação quanto à promulgação de emendas tendentes a abolir direitos fundamentais, não se restringiria somente ao disposto no artigo 5º da CF.

Citando Oscar Vilhena Vieira, alega o Ministro que existe uma gama de direitos fundamentais dispersos pela CF, bem como em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Prossegue citando Gilmar Ferreira Mendes, que à época do voto não era ainda Ministro:

"Em qualquer hipótese, os limites do poder de revisão não se restringem, necessariamente, aos casos expressamente elencados nas "garantias de eternidade". Tal como observado por Bryde, a decisão sobre a imutabilidade de determinados princípios não significa que outros postulados fundamentais estejam submetidos ao poder de revisão. O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade, na práxis constitucional não está imune à controvérsias. Se se entender que elas contém uma "proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais", tem-se de

admitir que o seu significado é bem mais amplo do que uma proibição de revolução ou de destruição da CF". (ADI 1420, Rel. Min. Néri da Silveira, julgada em 17\05\96, pg. 16 do acórdão).

Assim, o Ministro entende haver maior abertura das cláusulas pétreas, do que somente a remissão expressa do disposto no art. 60, §4º, IV, aos capítulos da CF que recebem a denominação elencada no respectivo artigo, ou seja, o artigo 5º, da CF. Assim, no momento em que são considerados direitos fundamentais como cláusulas pétreas assume-se que há um rol amplo de direitos fundamentais disperso pela CF e pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Em sentido um pouco diferente, Carlos Veloso, evoca a questão da definição do que seriam garantias fundamentais. Em seu voto proferido na ADI 1497, a qual, por meio da EC 12-96, criou a CPMF (contribuição provisória sobre movimentações financeiras), inicia com uma longa explanação doutrinária afirmando que, para alguns doutrinadores, direitos fundamentais podem ser compreendidos como os que se referem aos direitos de cidadania, para outros, como direitos derivados do que antes se conceituava como direito natural, e ainda para outros como os direitos humanos.

Mas é a partir da citação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que faz menção à conceituação de Philip Alston, constitucionalista americano, sobre direitos fundamentais, que o Ministro demonstra seu entendimento acerca desses direitos e de seu alcance.

Manoel G. F. Filho estabelece seis critérios para enquadrar direitos em garantias fundamentais: a) que eles reflitam importante e fundamental valor social; b) sejam relevantes, inevitavelmente, em grau variável num mundo de diferentes sistemas de valor; c) sejam elegíveis para reconhecimento com base numa interpretação das obrigações estipuladas na Carta das Nações Unidas; d) sejam consistentes com o sistema existente de direito internacional relativo aos Direitos Humanos, e não meramente repetitivos; e) sejam capazes de alcançar um muito alto nível de consenso internacional; f) sejam compatíveis, ou ao menos, não claramente incompatíveis, com a prática comum dos Estados.

E continua Carlos Veloso, afirmando que diante dos critérios assinalados, muitos direitos que permeiam a CF, e que apresentam a qualidade de fundamentalidade, perderiam este caráter.

Dessa forma, conclui que haveria direitos fundamentais que seriam superiores a outros, podendo haver a possibilidade de dividi-los em direitos fundamentais formais (que adquirem este nome apenas por estarem localizados no texto constitucional) e direitos fundamentais materiais (que realmente protegem conteúdo relevante). Ademais, estaria o artigo 5º, porque assim definido, completamente enquadrado nos critérios para a caracterização de direitos fundamentais.

Moreira Alves, em seu voto na mesma ADI, discorda do Ministro Carlos Veloso e atenta para o perigo da construção que diferencia princípios fundamentais de outros que seriam mais fundamentais:

“essa discussão leva, primeiro a um perigo: o de se admitir que nem todos os direitos fundamentais sejam realmente fundamentais; e em segundo lugar, leva também à possibilidade de arbítrio, ou seja, de, num caso concreto, achar-se que um direito é mais – ou menos – fundamental que outro.” (ADI 1497, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 09\10\95, pg. 64 do acórdão).

Na ADI 2395, a qual tinha como objeto a impugnação da EC 15-96, que dispunha que a fusão, incorporação e desmembramento dos municípios passariam a ser realizadas por meio de lei federal e não de lei estadual como era realizado antes, fato que feriria o pacto federativo, cláusula pétrea, Gilmar Ferreira Mendes expõe sua conceituação a respeito dessas cláusulas.

Este Ministro foi relator nesta ação, manifestando sua posição sobre a amplitude das cláusulas pétreas. Também nas ADIs 3105 e 3128, as quais impugnavam modificações introduzidas pela EC 41-03, e na ADI 3685, na qual se impugnava a EC 52-06, Gilmar Mendes expõe a mesma consideração a respeito do alcance dessas cláusulas.

Desse modo, ao iniciar explanação sobre sua concepção a respeito das limitações materiais, o Ministro ressalta a grande utilização da via

jurisdicional constitucional em face do constituinte derivado, afirmando que este fato constituiria um fenômeno sem parâmetro no direito comparado, de forma que em nenhum outro país se viu tanta judicialização em relação às emendas constitucionais. Pondera então, que tal fenômeno estaria ocorrendo devido ao grande número de reformas realizadas à CF de 1988 desde sua promulgação.

A partir disso, traz a questão de que talvez a amplitude normativa das cláusulas pétreas, ocorrida devido a quantidade elevada de dispositivos constitucionais, possa ter tornado o controle de constitucionalidade de emendas uma atividade recorrente. O que não quer dizer que a Corte vem se sobrepondo ao legislador democrático, mas apenas que vem deixando claro que limites materiais não impedem toda e qualquer modificação, mas apenas aquelas que venham a ferir o núcleo essencial das cláusulas pétreas.

Para explicar o que seria esse núcleo essencial, continua ao citar Carl Shmitt, afirmando que limitações a reformas constitucionais, devem ser entendidas a partir da diferença entre revisão e abolição da Constituição. Este autor, não considerava necessário que a Constituição declarasse a imutabilidade de determinados princípios, pois considerava que a revisão não poderia, de maneira alguma, afetar a continuidade e a identidade histórica da Constituição. Segundo Gilmar Mendes, Shmitt relativiza um pouco o valor exclusivo das cláusulas pétreas ditadas pelo constituinte originário, atribuindo-lhes quase conteúdo declaratório.

Todavia, Gilmar Mendes afirma que quando estas cláusulas estivessem presentes, seu objetivo deveria ser impedir não só a supressão da ordem constitucional, mas também qualquer modificação que mude sua identidade.

Para este Ministro aí residiria o grande desafio da jurisdição constitucional:

“não permitir que a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa ou atípica acabe por colocar a ruptura

como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo” (ADI 3105, Rel. Min. Cezar Peluso, julgada pelo pleno em 18\08\04, pg. 176 do acórdão).

É por esse motivo que deve ser preservado o núcleo de significação dos direitos que podem ser elencados como cláusulas pétreas, pois mesmo que não seja abolido determinado princípio fundamental mediante sua exclusão do ordenamento, se este for lesado topicamente, a garantia constitucional ficará descaracterizada, perdendo sua eficácia no ordenamento e, aos poucos, gerando a erosão da CF. Esta erosão, portanto, corresponderia a gradual processo de reforma constitucional até o momento em que a CF perderia o foco objetivo que teria dado cabo a sua criação, devido a constantes lesões dos núcleos essenciais de seus princípios fundamentais. Assim, o legislador derivado ignoraria os motivos históricos que teriam gerado a Constituição vigente, fazendo com que esta perdesse sua identidade.

É por meio da consideração de qual seria o alcance das cláusulas pétreas, que Gilmar Mendes propõe um meio termo de interpretação das mesmas, no qual se levaria em consideração a preservação do núcleo essencial dos direitos protegidos em conjunto com uma interpretação não ortodoxa da CF. Isso seria essencial para que a CF não fique presa a ponto de gerar uma ruptura no sistema devido a sua não adequação às mudanças necessárias ao longo do tempo. Esta ruptura teria como causa a falta de possibilidade de adequação da CF, editada num determinado momento histórico, à realidade presente, de forma que se a CF se tornasse obsoleta e não tivesse meios de ser modificada, seria substituída por outra, a qual imporá uma nova ordem constitucional.

No voto do Min. Joaquim Barbosa, nas ADIs 3105 e 3128, a qual traz impugnação da emenda 41-03, na parte em que instituiu aos servidores públicos inativos obrigação de pagar contribuições previdenciárias, os quais não possuíam esta obrigação enquanto ativos, e pensionistas, é que se pode depreender talvez a mais polêmica e extrema concepção do significado e do alcance das cláusulas pétreas. O Ministro constrói um

raciocínio para dizer que sempre desconfiou da aplicação irrefletida de cláusulas pétreas em uma sociedade com as características da nossa, que se singulariza pelas desigualdades e iniquidades de toda sorte. Ante, a amplitude desmesurada que se lhe quer atribuir, vê a teoria das cláusulas pétreas como uma construção conservadora, antidemocrática e não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer uma abstração de outros valores igualmente protegidos pela CF. Explicando-se:

“Conservadora porque, em essência, ao ser acolhida em caráter absoluto, como se propõe nesta ação direta, sem qualquer possibilidade de ponderação com outros valores igualmente importantes, tais como os que proclamam o caráter social de nosso pacto político, a teoria das cláusulas pétreas terá como consequência a perpetuação de nossas desigualdades. Constituiria, em outras palavras, um formidável instrumento de perenização de certos traços de nossa organização social. A Constituição de 1988 tem como uma de suas metas fundamentais para operar profundas transformações em nosso quadro social. É o que diz seu art. 3º, inciso III e IV. Ora, a absolutização das cláusulas pétreas seria um forte obstáculo para a concretização deste objetivo. Daí o caráter conservador de sua pretendida maximização.” (ADI 3105, Rel. Min. Cezar Peluso, julgada em 18\08\04, pg. 43 do acórdão)

As cláusulas pétreas seriam, ademais, antidemocráticas, porque impediriam que o povo, por meio de seus representantes eleitos, promovesse de tempos em tempos a modificação de rumos necessária para eliminar distorções contidas dentro da CF. O povo deveria ter o direito de definir seu futuro.

Além de antidemocrática, segundo o Ministro, a tese que postula a imutabilidade perpétua de certas características seria ilusória. No constitucionalismo moderno, somente por meio da via de emendas e da jurisdição constitucional, é que se consegue manter a harmonia entre realidade social e Constituição. Isto é, segundo o Ministro, seria insensato entender que o constituinte originário pudesse ter criado uma constituição perpétua e universal. Caso contrário, o que se criaria é um choque de

gerações, que conduziria à esclerose da CF e do pacto político que ela materializa.

Na verdade, o Ministro se utiliza dessa construção teórica como estratégia para relativizar o princípio do direito adquirido, uma vez que apoiava a modificação trazida. Por isso, sustenta que aqueles que enquanto ativos não contribuíram e que, segundo ele, estariam em situação de “privilégio”, não deveriam ser beneficiados em situações de crise, como se apresentava e se apresenta o sistema previdenciário. Portanto, o Tribunal deveria exercer juízo de ponderação em relação aos fatos, para que dogmas não afastassem uma decisão mais realista.

Carlos Britto, em breve consideração a respeito das asserções de Joaquim Barbosa nesta ADI, afirma haver riscos em considerações como estas, que lhe parecem radicais, e podem gerar a permissividade por parte da Corte e dos legisladores derivados em lesar direitos fundamentais, sob o pretexto da necessidade iminente de mudanças estruturais, sem que realmente haja a necessidade dessa mudança.

Celso de Mello, também nesta ADI, em entendimento semelhante ao de Carlos Britto sobre cláusulas pétreas, afirma que razões operacionais e de necessidade estatal jamais podem prevalecer sobre direitos individuais e fundamentais. Não devem ser submetidas constituições democráticas a qualquer juízo de oportunidade, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em pragmatismo governamental, ou seja, objetivos de programas de governo. Entretanto, a CF tem que ter possibilidades de se adaptar ao longo do tempo.

Enfim, a partir do exposto, o que se denota é que apesar da tentativa dos Ministros em estabelecer um raciocínio, de certa forma, objetivo, 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 a 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.

4.2.Separação dos poderes no Brasil: entendimento do Tribunal sobre o emprego deste conceito como cláusula pétrea.

Nos casos analisados, outra questão bastante discutida é a que se refere a separação dos poderes, que está prevista no art. 60, §4º, III. De acordo com esse dispositivo, a separação dos poderes é uma cláusula pétrea, assim como os direitos e garantias fundamentais abordados no tópico anterior.

A partir da análise dos casos selecionados, nota-se que o Tribunal decide sobre a real extensão e delimitação deste princípio, evidenciando qual seria o desenho da separação dos poderes no Brasil.

Isto seria necessário, devido ao fato de que separação dos poderes não é um conceito estático, que delimita espaços exatos de atuação das instituições. No Brasil, por exemplo, a CF fala em “independência e harmonia entre os poderes”²⁴, bem como dispõe sobre instrumentos de controle recíproco de uns sobre os outros. O Legislativo, por exemplo, pode exercer atividade tipicamente judicante dentro das CPIs, o Judiciário define as regras de seu regimento interno, e o Executivo pode expedir decretos e medidas provisórias. Todos estes instrumentos dispostos na CF demonstram

²⁴ Artigo 2º da CF de 1988.

que a separação dos poderes não é algo tão visível e delimitado, mas sim um complexo sistema de estruturas e funções que interagem entre si.

É por conta disso que também neste assunto o Tribunal encontra dificuldades para estabelecer o que abrangeria o conceito de separação dos poderes, e qual o limite material do legislador ao modificar a organização ou estrutura das entidades e organizações públicas, mudanças estas que geralmente são realizadas via emenda constitucional.

Por esses motivos é que passarei a analisar aqui qual o entendimento de alguns Ministros, daqueles que se pronunciam mais claramente sobre o assunto, a respeito do desenho de separação dos poderes brasileiro.

Para tanto, será analisada a decisão da ADI 3367, que, dentre as selecionadas, é a que demonstra ter havido maior esforço e necessidade, por parte dos Ministros, para fazer considerações a respeito da separação de poderes. De outra forma, a importância deste caso e também a riqueza argumentativa que ele traz e que, de certa maneira, sintetiza os argumentos a respeito do assunto que se quer abordar, justifica a escolha desta ação.

Nesta ação, em linhas gerais, impugnava-se parte da EC 45-04 que havia criado o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – o qual é um órgão interno de fiscalização do Poder Judiciário formado por maioria de membros deste Poder, mas também por alguns membros do Legislativo, do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil. Segundo os autores (a AMB - associação dos magistrados brasileiros), a criação deste órgão, com membros alheios ao Poder Judiciário, poderia comprometer a autonomia dos juízes e sua imparcialidade, já que existiria maior pressão para julgar, por outro lado também feriria a separação dos poderes, por conter membros do Poder Legislativo.

A partir disso, o Ministro relator, Cezar Peluso, aduz que a separação dos poderes somente seria violada caso houvesse concreta redução de prerrogativas de determinado poder importando em dano ao equilíbrio e estabilidade entre os poderes, mesmo que esta violação não gerasse

submissão política. Portanto, o poder reformador não estaria completamente vedado a reorganizar instituições.

Afirma que a identificação do conteúdo desse postulado histórico deve ser encarada a partir da análise de sua configuração e contornos conferidos pela ordem jurídica concreta de determinado Estado: "não deve-se considerar abstrações da divisão dos poderes, mas seu conteúdo efetivo na ordem constitucional positiva"²⁵.

Dessa forma, o que se vê na CF brasileira, é que o constituinte originário desenhou uma estrutura institucional de modo a garantir aos poderes independência no exercício de suas funções típicas, por meio de alto grau de autonomia orgânica, administrativa e financeira. Mas relativizou esta independência com a prescrição de outras atribuições de controle recíproco, sendo que na ordem constitucional, o conjunto desses fatores formaria verdadeiro sistema de integração e cooperação, organizado para assegurar equilíbrio dinâmico entre os poderes, em benefício da garantia da liberdade. Este quadro normativo constituiria expressão natural do sistema de freios e contrapesos²⁶, uma vez que não há como ter independência absoluta.

Assim, somente se feriria o núcleo conceitual da separação dos poderes, delimitado pela CF, caso ocorresse usurpação das funções típicas ou aniquilamento prático da autonomia de cada poder.

Então, para se entender qual é o modelo de separação de poderes de um país deve-se buscar o disposto em sua Constituição. Como mencionado, o art. 2º prescreve que a CF estabelecerá os limites da independência e harmonia entre os poderes, sendo que a Carta também estabelece um sistema de cooperação entre eles.

²⁵ ADI 3367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgada em 13\04\05, pg. 21 do acórdão.

²⁶ A teoria dos freios e contrapesos consiste, em linhas gerais, na afirmação de que em sistemas democráticos, a separação dos poderes não seria estática, mas os poderes interagiriam entre si de forma dinâmica. Neste sistema, um poder exerceria o freio do outro ou um contrapeso, de forma que a partir da fiscalização recíproca, nenhum poder abusasse de suas prerrogativas ou ultrapassasse suas funções. Seria, assim, um sistema de constante interação sobre os poderes.

Dentro dessa lógica, um órgão de controle interno, como o CNJ, formado por maioria de membros do Judiciário, segundo este Ministro, não feriria esta separação, pois os membros do Poder Legislativo não teriam força suficiente dentro do Conselho, devido ao seu número reduzido, a ponto de prejudicar a autonomia e as funções típicas do Judiciário. Ademais, as decisões do CNJ estariam submetidas ao crivo do STF, sendo preservados os membros do Judiciário de eventual possibilidade de arbitrariedade ou abusos por parte do órgão.

Entretanto, as interpretações dos Ministros, embora aparentemente pacíficas quanto à conceituação do desenho de separação dos poderes brasileiro, o qual seria ditado pela CF, divergem quanto à interpretação do conceito postulado na CF.

No voto do Min. Eros Grau, nesta mesma ADI, ele afirma que o papel do Tribunal não seria estar preso a doutrinas passadas, mas que deveria criar seu entendimento de acordo com as necessidades apresentadas pela realidade social. Para o Ministro, o direito não seria uma simples representação externa da realidade social, mas sim um “nível funcional do todo social”. Desse modo, o direito seria um produto de determinada cultura e, por isso, não poderia ser “concebido como um fenômeno universal e atemporal”.

Assim, o significado da CF deveria ser produzido por “interpretação contemporânea à realidade”, para explicar no que consistiria esta interpretação diz o Ministro:

“A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade. Daí porque tenho afirmado que não existe a Constituição de 1988. O que realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada\aplicada por esta Corte (...) De modo que não se justifica sua alienação à realidade social, constituída também pelas aspirações da sociedade” ADI 3367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgada em 13\04\05, pg. 87 do acórdão.

E mais, diz ainda que não é justificável a alegação de violação a separação dos poderes somente pelo fato de existirem membros de outro poder, pois não existe aparato constitucional para tal afirmação. Entretanto, afirma que mesmo que a CF dispusesse sobre impedimento à entrada de outros membros ao Conselho, o Ministro estaria pronto, sem qualquer temor, para enfrentar reações que viriam.

Afirma ele que seria a Corte, a partir da interpretação da CF nos casos concretos, que estabeleceria seu significado, de forma que o conteúdo da CF corresponderia ao que o STF dissesse que era, ou seja, a Corte criaria o significado da CF. A partir disso, na interpretação da referida emenda, caso não fosse permitida a entrada de membros alheios ao Poder Judiciário no Conselho, seria afrontada a natureza singular da realidade presente. Para justificar este raciocínio, alega o Ministro estar o Judiciário isolado do controle popular, de forma que para que a democracia fosse respeitada, membros de outros poderes em órgão de fiscalização seriam essenciais para que o Poder Judiciário se tornasse mais transparente.

Assim, continua o Ministro como a alegação de que vedar a entrada dos membros do Legislativo contrariaria a vontade popular, demonstrada pelos deputados e senadores, eleitos por voto direto, na consubstanciação da emenda 45. Para ele, não seria possível se interpretar a CF em favor da magistratura e em desfavor da sociedade e do interesse geral.

O Ministro mostra neste voto, que sua preocupação com o interesse da sociedade em geral, seria suficiente para limitar os poderes em seus *lôcus* de atuação, mesmo que houvesse disposição constitucional ao contrário. Desta asserção, pode-se extrair que o Ministro considera mais a opinião geral, já que mais expressiva democraticamente por meio da opinião dos congressistas, do que o desenho de divisão dos poderes colocado na CF, já que, como exposto, deixa claro em seu voto, que numa situação como esta, mesmo que a CF dispusesse claramente sobre o caso, caracterizando-o como violação a estrutura de separação dos poderes, o Ministro não teria problemas em deixar prevalecer o interesse social e contrariar o que estivesse disposto constitucionalmente.

Carlos Velloso, seguido pela Ministra Ellen Gracie e pelo Ministro Marco Aurélio, aduz ser o Judiciário um poder político que agrada e desagrade, sendo que a presença de membros alheios ao Poder, dentro do Conselho, poderia trazer interesses ocultos desses membros, o que seria prejudicial para o andamento da máquina judiciária. Ou seja, membros de outros órgãos ou poderes, podendo fiscalizar o Poder Judiciário, no caso os membros advindos do Legislativo, poderia gerar, muitas vezes, a defesa de interesses partidários ou eleitoreiros, implícitos na decisão do Conselho. No caso dos membros do MP e da OAB, seria uma oportunidade para, abusando do poder a eles conferido, prejudicar o Judiciário com o intuito de salvaguardar interesses de cunho corporativo ou mesmo pessoal, sendo que desse modo, a entrada desses membros feriria a separação dos poderes.

Mas o Ministro Carlos Velloso vai além, constatando no decorrer de seu voto, que Marco Aurélio, Cezar Peluso, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e Sepúlveda Pertence, ao serem consultados pelo Congresso Nacional, antes da promulgação da emenda, haviam sido contrários a entrada de membros estranhos ao Poder Judiciário no Conselho.

A observação dos votos apresentados demonstra que no momento em que os Ministros tentam formar seu entendimento sobre o desenho brasileiro de separação dos poderes, embora concordem que este desenho será descrito pela CF, perpassam por diferentes caminhos e valores para formar seu conceito e convencimento. Dessa forma, o princípio da separação dos poderes ainda permanece abstrato e dependente da interpretação de cada um, não existindo um posicionamento homogêneo do Tribunal a respeito.

Dessa forma, o que se quis demonstrar com a análise dos votos, é que quando o conceito de separação de poderes é invocado, serão as características e o contexto do caso concreto, traduzidos no objetivo da emenda e nas suas conseqüências no mundo dos fatos, que delimitarão o alcance do princípio da separação dos poderes. Essa cláusula pétrea, devido ao seu conteúdo aberto, poderá ser interpretada de acordo com as necessidades fáticas que levaram a edição e promulgação da emenda.

4.3.Lógica do processo político de aprovação de emendas e sua repercussão nas decisões.

O processo político de aprovação de emendas constitucionais é muito mais complexo do que qualquer outro processo de aprovação de diplomas normativos, isso ocorre por conta da exigência constitucional de quórum qualificado. Entretanto, aliado ao processo, existe a complexidade própria do jogo democrático e dos partidos políticos, que por terem de conseguir maior número de parlamentares do que o normal, para a aprovação das emendas, faz com que partidos, que muitas vezes se opõem, tenham que acordar para que a máquina legislativa não deixe de funcionar. Tal fato envolve a necessidade de barganha, a qual é realizada em maior nível pois o quórum é muito mais expressivo.

Nesse sentido, a lógica do embate político e das decisões políticas é muito diversa da lógica decisória do STF, a qual não envolve interesses políticos partidários ou eleitoreiros, tampouco a necessidade de barganha entre seus integrantes.

Entretanto, tendo em vista a diferenciação entre os diferentes tipos decisórios e os diferentes custos para as decisões, nota-se que por vezes o Tribunal tenta entender a lógica legislativa, para, a partir dela, formar seu convencimento. O STF o faz, principalmente, quando chegam a ele ADIs que impugnam vício formal na aprovação das emendas, sendo que para poder decidir se houve ou não um vício, é necessário que entenda o processo, podendo então rever se os passos dos parlamentares são condizentes com o disposto na Constituição.

Este capítulo, portanto, tem o intuito de delimitar os critérios utilizados pelos Ministros para julgar o processo político de decisão parlamentar, bem como fazer uma análise se os custos desse processo político são levados em consideração para a decisão, ou seja, se as dificuldades dos parlamentares, na hora de conseguir maioria qualificada, se

apresentam como parte integrante do convencimento e argumentação dos Ministros.

Um dos vícios formais mais freqüentemente alegados nas ADIs analisadas é o que se refere a quando ocorre mudança na redação da emenda em uma das Casas legislativas, por vezes já aprovada com redação anterior pela outra Casa, sem que a mudança seja novamente submetida ao crivo da primeira Casa. Nesse caso, o critério pacífico entre os Ministros do STF para caracterizar a modificação redacional como vício ou não, é verificar se houve mudança substancial no significado da emenda, caso em que estaria configurado vício formal e a emenda declarada inconstitucional. Caso a mudança não tenha modificado o conteúdo da emenda, consistindo apenas em melhor adequação da redação, não seria caracterizado vício formal.

Entretanto, outras questões estão envolvidas nessa lógica, como nos casos em que são feitos destaques por alguma das casas, para que nesta, partes da emenda sejam votadas em separado.

Nesses casos ocorrem divergências entre a interpretação dos Ministros sobre qual seria a lógica do processo de aprovação desses destaques, bem como de em quais casos a mudança redacional configuraria o vício formal.

Existem dois tipos de destaques possíveis, o destaque supressivo (DS), cuja votação terá como resultado a supressão da parte destacada, caso a maioria requerida seja obtida, ou o destaque para votação em separado (DVS), cuja votação terá como resultado a manutenção da parte destacada, caso seja obtida a maioria necessária. Note-se que as lógicas de aprovação desses dois destaques são distintas, uma vez que um necessita de maioria para ser suprimido e outro para ser mantido.

Na ADI 2031, a qual prorrogou a CPMF, a partir da EC 21-99, por mais 36 meses, os autores da ação alegaram ter havido problemas no processo de aprovação da emenda, pois redação que havia sido modificada na Casa dos Deputados não teria voltado ao Senado para a sua aprovação.

A partir disso, Nelson Jobim, o qual já foi deputado federal, em seu voto faz diferenciação entre destaque de votação em separado (DVS) e destaque supressivo (DS), para argumentar, segundo a lógica legislativa, a favor do vício formal em somente uma das partes contestadas da emenda. Seu voto termina por configurar o voto condutor do acórdão, seguido pela maioria dos Ministros do plenário, que deferiram a cautelar em parte.

A argumentação do Ministro demonstra esforço em transplantar a inteligência do processo democrático legislativo para o Tribunal, para que pudesse compreendê-lo melhor. A partir disso, conclui que durante a votação do DVS nº 3 na Câmara dos Deputados, foi suprimida parte da emenda que havia sido destacada, por conta do DVS não ter obtido a votação necessária para a sua manutenção. Esta supressão, ao ver do Ministro, teria modificado substancialmente o conteúdo da emenda, de forma que deveria ter sido novamente submetida à aprovação no Senado.

Ademais, ressalta o fato de ter sido a emenda proposta pelo Senado, o qual possuía um entendimento sobre o conteúdo da emenda em seu todo aprovado, sendo que a modificação da redação, com supressão de uma parte, contrariaria este entendimento na sua totalidade, devendo ter sido novamente submetida ao crivo do Senado. Neste ponto, fica evidente que o Ministro, ao formar seu convencimento, considerou a intenção daqueles que haviam criado a emenda com determinado objetivo.

Na ADI 2135, os autores impugnam a EC 19-98, que modifica o regime jurídico único de servidores públicos e agentes políticos para regime dúplice, bem como traz mudanças ao controle de despesas e finanças públicas, dentre outros. O vício formal que se discute nesta ADI tange à aprovação do DVS nº 9, o qual, segundo os requerentes, necessitaria de 308 votos dentro da Casa dos Deputados para sua aprovação. O destaque visava manter a regra do regime jurídico único, barrando mudança substancial neste âmbito. Entretanto, o que seria o §2º do artigo destacado em seu caput, teria então, após a não aprovação do DVS, se tornado caput, mantendo a modificação do regime pleiteada pela emenda, sem que tal transposição tivesse sido votada pelos Deputados.

Esta ação foi decidida em votação apertada, conquistando maioria para a caracterização do vício formal, tal e qual pleiteado pelos autores. Porém, mostrou duas visões antagônicas entre os Ministros em relação ao processo de destacamento de partes da emenda e suas conseqüências na redação final da emenda. Votos que começo a expor.

No relatório do acórdão um fato interessante é levantado. Ellen Gracie, relatora, evidencia que as conseqüências do ocorrido seriam corriqueiras, não fosse a matéria destacada relativa a um dos pilares da "reforma administrativa" proposta pelo governo FHC. Segundo os autores, as lideranças governistas se empenharam em neutralizar a derrota sofrida em plenário por meio da transposição do § 2º do artigo rejeitado no destaque para o caput do novo artigo.

De outro lado, uma das impugnações dos autores era relativa a modificação no art. 37 da CF, que trocou a expressão "qualidade do serviço prestado" por "e eficiência" sem que houvesse aprovação do Congresso para tal alteração. O princípio da eficiência corresponderia à economicidade, sendo que FHC estaria tentando implementar a chamada "administração gerencial" que visaria diminuir gastos públicos, mesmo que isso determinasse a extinção de órgãos e entidades públicos. Dessa forma, fica clara a intenção e a insatisfação da oposição governista a tal política interventiva do governo FHC, tentando sua não implementação por meio da ADI.

Há aqui uma transposição do jogo de interesses dos partidos políticos do âmbito do Legislativo para o Judiciário, sendo buscada aí, a salvaguarda dos interesses daqueles que teriam perdido no Congresso durante a aprovação da emenda. Este fato é levado em consideração na votação dos Ministros, mas é principalmente no voto de Nelson Jobim, o qual foi condutor da minoria vencida nesta ação, em que este fato é considerado para a decisão.

Nelson Jobim após pedir vista dos autos profere seu voto alegando a não ocorrência de vício formal na modificação introduzida pelo relator, argumenta que o destaque de partes da emenda, concede grande vantagem

aos parlamentares contrários ao texto destacado, “uma vez que força que o grupo político interessado no texto negocie para alcançar novamente a maioria de três quintos dos votos”. Para ele, esta teria sido a lógica política do bloco de oposição ao apresentar o DVS nº 9, o qual não obteve maioria necessária. E continua:

“Diante desse quadro o relator da Comissão Especial (...) procedeu ajustes para recolocar o projeto em linha de intelegibilidade e compreensão”. (ADI 2135, Rel. Min. Ellen Gracie, julgada em 02\08\07, pg. 90 do acórdão).

Foi nesse momento, que houve a referida transposição do que seria o §2º do novo artigo 39 da CF, para o caput. Não houve, assim, na visão do Ministro, modificação de texto, mas apenas o deslocamento de texto já votado e aprovado.

Desse modo, duas posições distintas se formaram: 1) da oposição, que sustenta que a partir da rejeição do destaque haveria “rejeição em bloco”, ou seja, seriam rejeitados todos os dispositivos que modificariam o regime único; e 2) da situação, em que como a rejeição do caput do artigo 39, não alteraria substancialmente o projeto, já aprovado, deveriam ser realizados somente ajustes à redação restante.

Para Nelson Jobim, após as adaptações redacionais, promovidas pela Comissão Especial, não sem antes passar por ampla discussão com a possibilidade de apresentação de emendas à redação, questões de ordem e votação, as dúvidas da oposição restariam extirpadas, dentro do critério majoritário, legítimo no sistema democrático, e não o instrumento que se estaria tentando com esta ação, decisão judicial que intervenha no processo legislativo e que confronte, sem motivos, outro Poder.

Levanta ainda outro fato omitido pelos autores na inicial, qual seja o de que antes de ser proposto o DVS nº 9, foi proposto o DVS nº 8, o qual destacava a totalidade de modificações ao artigo 39 da CF, o qual foi aprovado pelos Deputados. Ou seja, se a vontade do plenário fosse expurgar toda a modificação trazida pelo projeto em bloco, o destaque nº 8 também não teria obtido resultado favorável à manutenção do texto. Por

esse motivo, a Comissão Especial, mantendo a lógica da decisão do Congresso, deslocou o §2º para o caput do artigo.

E então, aduz a respeito da lógica da dinâmica do embate de forças políticas no âmbito do Congresso, ao dizer que a análise deve levar em consideração este fator, não cabendo ao Judiciário fazer suposições baseadas em juízo lógico ou em interpretação jurídica teleológica, mas apenas na lógica democrática, que abarca o embate entre maioria e minoria.

E mais, afirma que no STF, a análise teria de ser a mais objetiva possível para não deformar o processo, não cabendo ao Tribunal analisar qual teria sido a intenção da oposição com o destaque nº 9, mas se o processo teve abusos ou se foi desvirtuado.

Ademais, segundo o Ministro, caso não houvesse o deslocamento, haveria uma verdadeira contradição jurídico-normativa, pois se manteria a redação original do caput do artigo 39, que dispunha sobre regime único, mas concomitantemente teríamos todo o restante do artigo com amplo rol de dispositivos que trariam regime dúplice. Por outro lado, a modificação trazida no destaque, que apenas tange a modificações pontuais, não seguiria a mesma lógica de deliberação de maioria qualificada que aprova modificações estruturais na emenda.

A partir do exposto, longe de juízos de valor a respeito de estar este voto mais correto ou não, já que vencido, o que se quis demonstrar foi o grande esforço depreendido por Nelson Jobim, na construção de seu entendimento, o qual tenta colocar a Corte o mais próximo possível do processo legislativo democrático. Isso, pois a lógica do embate político é deveras estranha ao Poder Judiciário que se pauta por uma lógica decisória distinta.

Outrossim, é interessante notar que o STF, ao ser chamado a avaliar o processo legislativo, leva em consideração o complexo embate de forças e de jogos de interesse que são realizados para a aprovação das emendas, numa tentativa de extrair a real intenção dos autores ao propor a ADI, os quais, muitas vezes, podem estar interessados apenas em buscar uma

última possibilidade de reverter decisão política que não lhes é favorável, ou, enquanto oposição, barrar programa de governo da frente partidária então no Poder Executivo.

A meu ver, é essa a preocupação de Nelson Jobim, ao suscitar a necessidade de se analisar os fatos a partir da lógica democrática e do embate de forças políticas travado no Congresso, para que a decisão do STF não seja somente pautada em suposições de ordem lógica e teleológica que atenderão somente a uma inconstitucionalidade aparente e não a realidade.

Todavia, a posição majoritária que segue a *ratio* da decisão do Ministro Néri da Silveira, considera o deslocamento do §2º como fraude, alegando que o relator da Comissão Especial se teria feito "constituente individual". Tal transposição, sem aprovação do plenário, traria um precedente na prática, que seria a institucionalização de mecanismo capaz de burlar toda e qualquer votação no plenário que exija quórum qualificado. Para ele, ao transpor o §2º, o que se fez foi modificar substancialmente o caput, criando novo dispositivo.

Néri da Silveira considera ainda, que se a intenção do DVS nº 9 foi a de submeter a questão em separado ao plenário, de forma que caso não fosse alcançada a maioria necessária, se mantivesse o regime jurídico único. Assim, posterior deslocamento de redação não seria lógico, sendo que o correto seria a manutenção do antigo caput.

Note-se que a lógica de raciocínio empregada por este Ministro e, conseqüentemente, pelos demais que o acompanharam, formando maioria, é completamente distinta daquela empregada pela minoria.

Nelson Jobim considera uma interpretação que leve em conta uma lógica democrática para depreender o conteúdo do restante do texto aprovado e então poder concluir se houve ou não mudança substancial, considerando a vontade do plenário já antes da votação do destaque demonstrada.

Entretanto, Néri da Silveira se pauta em outros padrões de interpretação, considerando uma lógica jurídica considerou o conteúdo do

caput e não o conteúdo total da emenda, intuindo que como houve mudança substancial no caput, a transposição do §2º seria vício formal.

Ainda quanto à consideração da intenção dos constituintes derivados, a lógica que pauta a decisão de Nelson Jobim se baseia na construção da vontade do parlamento, antes expressada na votação do conteúdo total da emenda sem os destaques. Enquanto a lógica de Néri da Silveira, e daqueles que o seguiram, é pautada pela intenção da oposição que propôs o destaque, qual seja a manutenção do regime jurídico único.

O que se pode concluir, é que apesar de ser pacífica a consideração de vício formal caso haja mudança substancial na redação da emenda, este critério comporta diferentes interpretações, que se tornam divergentes devido às diferentes concepções do que seria um processo legislativo coerente e de como deveria esse critério ser observado pelo Congresso.

No julgamento da ADI 3685 uma nova questão aparece no voto dos Ministros no que concerne a considerações a respeito do que seria um processo legislativo sem incongruências na aprovação de emendas constitucionais. Nessa ADI não há alegação de vício formal pelos autores, de forma que as considerações se pautam nos motivos que desencadearam a promulgação da emenda.

Esta ação impugnava expressão da EC 52-06, a qual constitucionalizou a liberdade dos partidos políticos em estabelecer suas coligações pré-eleitorais, sem a necessidade de observação da regra da verticalização, a qual estava vigendo antes da promulgação da emenda em decorrência de resolução do TSE.

Nesta ADI, a expressão contestada é a que dispunha que as disposições relativas à liberdade dos partidos em coligar-se, produziram efeitos a partir das eleições de 2002. No entanto, a emenda 52 somente foi promulgada em março de 2006, o que evidenciava ter havido erro no texto da emenda, o que não invalidava o conteúdo de seu disposto, mas trazia dúvidas quanto à data em que essa modificação constitucional passaria a produzir seus efeitos.

Nesse sentido, os autores, alegaram ter havido vício material, por conta da suposta desnecessidade de observância do artigo 16 da CF, o qual conteria garantia fundamental protegida pelas cláusulas pétreas. Este artigo dispõe sobre a necessidade de se esperar um ano da promulgação de mudanças no processo eleitoral para que estas possam ser aplicadas ao pleito. Assim, sustentam os requerentes, que o erro contido na emenda 52 em relação ao ano de aplicação da emenda, poderia gerar entendimento de que esta passaria a valer já nas eleições de 2006, o que contrariaria o artigo 16. Por este motivo, pediram os requerentes que o Tribunal fornecesse interpretação conforme, que garantisse a preservação da regra da anualidade.

A partir disso, o Tribunal, primeiramente, tentou verificar se a regra contida no artigo 16 da CF realmente se revestia de características de fundamentalidade, sendo que para isso quase todos os Ministros consideraram o jogo de interesses que reveste a atividade política parlamentar.

Dessa maneira, Ellen Gracie, relatora do acórdão, em seu voto, levantou a questão de que o artigo 16 estaria na CF justamente para que fossem obstaculizados casuísmos políticos à beira das eleições. Segundo ela, o princípio da anualidade serve para que não sejam produzidas normas com o intuito de configurar elementos da batalha eleitoral, convenientes para aqueles que estivessem no Poder. A mudança do processo eleitoral, ou seja, das regras do jogo para a formação de novo quadro dos Poderes Legislativo e Executivo, poderia causar surpresa na interferência da correlação de forças políticas, no equilíbrio dos partidos e candidatos, nos elementos da disputa e da competição e a quebra da isonomia, conseqüências nada bem-vindas para a manutenção da coerência dentro do processo eleitoral e que teriam a norma contida no artigo 16 como barreira contra estes oportunismos.

Assim, mudanças no processo eleitoral poucos meses antes das eleições poderiam colocar determinados partidos em situação vantajosa em relação aos outros, pois partidos pequenos e com menor disponibilidade de recursos e expressão, enquanto quantidade de membros, teriam maior

dificuldade em se adequar às novas regras do jogo em tão pouco tempo. De outra forma, também o fato de não ser benéfica a possibilidade de surpresas aos eleitores e aos partidos, é que a regra se sustenta, para que o processo eleitoral possa ser mais justo, coerente e equilibrado.

Nesta ação, os votos dos demais Ministros são conduzidos no mesmo sentido do voto da relatora, o que demonstra a aversão desta formação da Corte à utilização da via de emenda constitucional para a defesa de interesses intrínsecos somente aos membros Poder Legislativo, que movidos pela conveniência e oportunidade estariam a banalizar a CF, não observando seus preceitos e desvirtuando o processo legislativo por conta de casuísmos eleitorais. Este casuísmo teria sido gerado pela iminência das eleições e pelo descontentamento de alguns partidos e candidatos em relação à resolução do TSE que impôs a regra da verticalização. Essa rejeição pode ser notada a partir do modo enfático com que os Ministros argumentam a respeito do casuísmo empregado na aprovação da emenda, bem como da unanimidade em alegá-lo.

Portanto, pode-se perceber que a *ratio decidendi* da decisão dessa ação, sendo considerados todos os votos dos Ministros, pode ser traduzida nessa assimilação do que seria ético, coerente e correto para o processo eleitoral. Os parlamentares, ao aprovarem a emenda ignorando a regra do artigo 16 da CF, teriam se aproveitado casuisticamente de sua função e poder, violando fortemente a ordem jurídica constitucional.

O Tribunal deixa claro, então, que ações dessa natureza não passarão ilesas ao crivo do STF, o qual julga procedente a ação e concede interpretação conforme, que declara que a modificação introduzida pela emenda 52 somente passaria a vigor nas eleições posteriores a 2006.

Após a análise das ações acima, pode-se deduzir as impressões do Tribunal quanto à lógica político-partidária e no que concerne aos critérios considerados para definir se o processo de aprovação de emendas se deu devidamente, respeitando a CF ou não. Depreende-se do exposto, que mais

do que critérios objetivos²⁷, também critérios subjetivos são considerados para a formação do entendimento dos Ministros sobre o processo político realizado no Legislativo. Estes critérios subjetivos levam em conta a real intenção do Legislativo ao aprovar a emenda e se essa intenção traz ou não incoerências enquanto a finalidade própria da atividade de legislar, ou seja, se foram cumpridos os meios corretamente com vistas a um fim lícito.

Como bem observa o Min. Lewandowski, na passagem seguinte, ao proferir seu voto na ADI 3685:

“O dispositivo ora impugnado, data vênia casuístico, incorre no vício que os publicistas franceses de longa data qualificam de *detournement de pouvoir*, isto é, de “desvio de poder ou de finalidade”, expediente mediante o qual se busca atingir um fim ilícito utilizando-se um meio aparentemente legal”. (ADI 3685, Rel. Min. Ellen Gracie, julgada em 22\03\06, pg. 33 do acórdão).

Dessa forma, a verificação se houve ou não “desvirtuamento do Poder” Legislativo na aprovação de emendas, para identificar se houve utilização desse instituto como meio de defesa de interesses intrínsecos aos partidos políticos e candidatos, se mostra essencial para a configuração de inconstitucionalidade.

4.4. Legitimidade do STF para julgar as ADIs.

Na análise das decisões, a questão da separação dos poderes aparece na argumentação dos Ministros não só no sentido de controlar emendas que pareçam lesar a divisão, mas também no sentido de evidenciar o papel do Tribunal na democracia, sendo suscitada a questão de em que momento seria o Tribunal legítimo para julgar determinadas causas a ponto de não ferir a separação dos poderes, ou melhor, as prerrogativas do Legislativo,

²⁷ Esses critérios objetivos correspondem ao disposto no artigo 60, §2º, da CF, bem como a percepção, se a redação do projeto de emenda, aprovado por uma das casas legislativas, não sofreu modificação de texto que trouxesse transformações substanciais de conteúdo, em outra casa, sem que essa mudança tivesse passado novamente pelo crivo da primeira casa.

usurpando suas funções ou intervindo de maneira incoerente com a disposta na Constituição.

Na ADI 1497, que trata da criação da CPMF, Marco Aurélio, relator do acórdão, levanta a questão da separação dos poderes para reconhecer se teria o STF legitimidade ou não para impugnar a emenda contestada. Afirma que em um sistema democrático, a falha de uma instituição provoca necessariamente maior desgaste para a outra, por conta de este sistema estar imerso em um desenho institucional que aplica a teoria dos freios e contrapesos. Alude então ao papel que tem o Judiciário na democracia para barrar decisões legislativas que forjem o interesse democrático atendendo a interesses internos ao Poder Legislativo em detrimento do interesse da sociedade. Nesse sentido, o Ministro declara a inconstitucionalidade do tributo ao se considerar legítimo democraticamente para fazê-lo.

O Ministro considera uma falha nos Poderes Legislativo e Executivo no que tange a sua atuação para a conformação de políticas públicas, considerando que esta falha leva a uma insatisfação da sociedade que passa a buscar no Judiciário a defesa de seus interesses contrariados na decisão política. A partir disso, como haveria uma ineficiência dos demais poderes, o Judiciário se tornaria legítimo para intervir.

Entretanto, Marco Aurélio conjuntamente com Ilmar Galvão, foram votos vencidos nessa ação, de forma que a maioria vencedora desconsiderou a alegação de violação a direitos fundamentais, elucidando que a criação da contribuição teria sido uma opção política, não cabendo ao STF julgar se esta seria boa ou não, mas apenas verificar se estava de acordo com a Constituição.

Percebe-se então, nesta ADI, a divergência em relação a que momentos se consideraria o Tribunal como legítimo para intervir na decisão política. Enquanto os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão consideram que por conta da emenda não ser razoável para os interesses da sociedade esta seria inconstitucional e estariam legitimados a intervir, os demais Ministros consideraram que este critério seria uma opção política, no

sentido de que a CPMF teria como finalidade o custeio da saúde, e não seria da competência do STF o julgamento da qualidade da política tributária.

Na ADI 1805, é discutida a emenda 16-97 que institui a possibilidade de reeleição por mais um mandato dos chefes do Executivo, na qual os autores requerem interpretação conforme para que os candidatos à reeleição tenham que abandonar o cargo até 90 dias antes das próximas eleições. Néri da Silveira, relator, também discute o papel do STF nos momentos em que a Corte é chamada a controlar os passos do constituinte derivado.

Afirma que este controle somente deve ser exercido com base na defesa de direitos fundamentais e na preservação da ordem constitucional e democrática, reconhecendo que o exercício desse controle está sendo feito dentro dos moldes que garantem legitimidade ao Tribunal.

Carlos Velloso em seu sucinto voto, na mesma ADI, ressalta a questão de legitimidade do Tribunal ao elucidar que, se o legislador derivado silenciou em relação a necessidade de desincompatibilização do chefe do Executivo para que pudesse concorrer à reeleição, não cabe ao STF contrariar tal decisão, que teria sido uma opção política, para determinar que seja necessário o abandono de cargo antes do período eleitoral.

Ou seja, nos momentos em que os Ministros desconsideram a lesão a direitos fundamentais, geralmente concomitantemente alegando a necessidade política da emenda, esta é considerada como opção política. Contudo, alguns Ministros vêem de forma diversa a questão, verificando que se a emenda não é razoável, esta não poderá vigorar.

Portanto, a questão da legitimidade está naturalmente ligada as discussões de constitucionalidade das emendas. Isso se dá, pois como elucidado no capítulo da análise quantitativa, muitas emendas correspondem, na verdade, a políticas públicas, o que faz com que o STF assumira grande responsabilidade na hora de julgar, pois pode inviabilizar a implementação de determinada política. Por isso, quando declara a emenda constitucional por conta de ter sido fruto de uma opção política, o Tribunal

retira de sua esfera de competência o julgamento da relevância ou qualidade da política pública, por considerar que à Corte não cabe avaliar as decisões dos Poderes Legislativo e Executivo.

O que se depreende de todo o exposto, é que o Tribunal tem cautela ao julgar as ADIs que impugnam emendas constitucionais, para que os limites da separação dos poderes não sejam ultrapassados. Por esse motivo é que tentam julgar as ADIs da maneira mais legítima possível, levando em consideração o interesse da sociedade e o disposto na CF, evitando intrometer-se ao ponto de se sobrepor sobre decisões essencialmente políticas. Entendendo não caber ao Tribunal juízo de valor em relação às decisões democráticas.

4.5.Custos fáticos das ações: relevância para a formação do convencimento do Tribunal

Neste capítulo, a análise será dedicada a evidenciar qual a relevância que as implicações fáticas derivadas da aplicação do disposto em determinadas emendas têm na construção do convencimento dos Ministros, quando do julgamento dos casos. O objetivo maior será evidenciar em que casos estas implicações foram consideradas e porque, e se essa consideração contribui para um resultado positivo ou negativo em relação ao que foi pleiteado pelos autores na inicial. Como se observou nos tópicos que tratavam de cláusulas pétreas, apesar de o raciocínio dos se estruturar com base em conceitos jurídicos, o que delimitará a extensão desses conceitos, no fundo, serão o contexto de aprovação da emenda e seus custos fáticos para a sociedade.

A partir disso, será construído um padrão lógico que explicita em quais casos os resultados fáticos das emendas são mais sensíveis à percepção dos Ministros a ponto de definir o resultado do julgamento das ações, ou de fortalecer os argumentos jurídicos diretamente relacionados aos fatos decorrentes das emendas. Essa análise é relevante, pois a partir dela se poderá entender em quais casos existe maior preocupação em se

defender interesses coletivos em detrimento de interesses individuais, bem como em quais casos certas limitações impostas ao legislador constituinte, se desrespeitadas em baixo grau, são desconsideradas em prol de interesses de maior importância coletiva e democrática, para defesa da democracia e de direitos e garantias individuais. Também se evidenciará como o Tribunal considera eventual intervenção em políticas governamentais, quando o resultado desta intervenção for incerto e com riscos de trazer danos à concretização de políticas públicas, reversão de crises e etc.

Na ADI 1420, a qual discute a prorrogação do FSE, Maurício Corrêa, em seu voto, ressalta a questão das implicações fáticas da decisão, mais precisamente analisando o real impacto da criação do FEF, antigo FSE, no alegado direito adquirido dos Estados e Municípios, dizendo:

“se essa questão envolvesse altos interesses dos Estados a serem preservados, não seria um Partido Político que iria defendê-los, senão os próprios governadores dos Estados, que tem capacidade postulatória para a ação direta. Se a situação permanece nesse estágio, é porque há conveniência para que assim seja.” (ADI 1420, Rel. Min. Néri da Silveira, julgada em 17\05\96, pg. 25 do acórdão).

Ou seja, o Ministro constrói seu raciocínio para decisão desta ação, evidenciando que esta é uma medida política, que não foi impugnada pelos que, para ele, seriam os maiores interessados na questão, os governadores de Estados, formando então seu convencimento de que não seria o caso de se intrometer na prorrogação do Fundo, necessário naquele momento para saneamento financeiro do país e para o desenvolvimento de políticas financeiras do governo FHC.

E continua, dizendo que seria pela própria conveniência que se recomenda que não se deva tocar no disposto pelas normas impugnadas, pelo menos no juízo preliminar, pois como a emenda impugnada comporta matéria de alta relevância e indagação jurídica, como cláusulas pétreas, tudo está a recomendar análise mais profunda quando do julgamento do mérito da ação.

Esta observação do Ministro elucida certa cautela do Tribunal em julgar causas em que a incerteza sobre seus resultados fáticos seja latente, preferindo adiar o julgamento para sede definitiva, indeferindo a cautelar. Note-se que existem dois fatores implícitos na decisão, que provavelmente foram considerados: de um lado uma política governista implementada via emenda constitucional para estabilizar a economia brasileira, que foi contestada no STF por requerente que não é diretamente afetado por essa política, ou seja, mesmo que esta estivesse trazendo prejuízos para os Estados e Municípios, estes não seriam tão gravosos a ponto de justificar a revogação da emenda. De outro lado, implicações relevantes de natureza constitucional, como a possibilidade de violação de cláusulas pétreas. Nesse contexto, o Tribunal optou por deixar a questão se acomodar, esperando para proferir uma decisão mais cuidadosa no julgamento definitivo da causa, por talvez existirem ainda dúvidas quanto ao real impacto na política econômica empreendida pelo governo FHC, caso fosse revogada a emenda.

Nesse caso, portanto, foi privilegiada a consideração dos custos fáticos que decisão positiva aos autores traria para a política econômica instaurada e, por conta disso, a decisão foi protelada. Após certo período de tempo, foi então proferida decisão definitiva, na qual se julgou a ação prejudicada devido à perda do objeto, pois os efeitos da emenda já teriam se exaurido. Ou seja, o Tribunal se utilizou do fator tempo para não interferir em questões políticas e não prejudicar a economia brasileira ou o desenvolvimento de política econômica que tinha o FEF como pano de fundo.

Na ADI 1805, a qual trata de questões ligadas a reeleição, uma das questões fáticas levantadas é a de que um dos pilares básicos que sustenta a idéia de reeleição é a de que haja continuidade da administração, sem que sejam perdidos os projetos e políticas implementados durante o primeiro mandato. Assim, se for vontade do eleitorado que o chefe do Executivo se mantenha no Poder, não seria lógico que este abandonasse seu cargo para posteriormente assumi-lo novamente.

Esta ação representa discussões acerca do processo eleitoral, tema que é muito sensível aos parlamentares e aos pretensos candidatos

políticos, de forma que existe a necessidade de contra-argumentar de maneira mais enfática por parte dos Ministros do STF para que a vontade política manifestada no Congresso seja preterida. A partir disso, mais uma vez são considerados os custos fáticos da decisão da seguinte maneira: se os Ministros atendessem ao pedido dos autores, além de contrariar a vontade e motivos do legislador para promulgar a emenda sem mencionar a necessidade de que o futuro candidato abandonasse o cargo, estariam prejudicando o desenvolvimento de determinados projetos já em curso e desrespeitando os objetivos buscados pela emenda 16. Ao mesmo tempo, prejudicariam a administração, trazendo a Corte para si grande responsabilidade, motivo pelo qual indeferiu a cautelar.

Na ADI 2395, a qual trata da fusão, incorporação, desmembramento e de municípios, Gilmar Mendes, então relator, justifica seu voto pela improcedência da ação aludindo ao fato de que quando o poder estava nas mãos dos estados-membros havia uma proliferação de municípios por conta de interesses eleitoreiros. Ou seja, muitos municípios estavam sendo criados sem necessidade, apenas para que pudesse haver mais eleições para prefeitos e vereadores. Há aqui uma confrontação entre a restrição da autonomia dos Estados e o interesse coletivo da sociedade e conseqüente preservação da democracia, para que esta não seja desenvolvida com base em casuísmos de políticos intencionados em ampliar seu campo de atuação.

Dessa forma, ao serem sopesados estes fatores, estando de um lado a autonomia dos estados derivada do pacto federativo, e de outro o interesse da sociedade e a função do Tribunal em garantir o desenvolvimento coerente do sistema democrático, o STF optou por aquele que traria menos danos em geral e que representaria uma decisão mais coerente, que neste caso seria a relativização da autonomia dos estados-membros da federação em prol de maior transparência e coerência na criação, fusão ou incorporação, ou desmembramento dos municípios.

A partir da exposição dessa lógica de convencimento, o relator é seguido por todos os Ministros que votaram, exceto por Marco Aurélio. O que demonstra que esta consideração das implicações fáticas da emenda foi

acolhida pela maioria do Tribunal, que atribuiu maior peso ao argumento de cunho fático, do que a pretensa hipótese de violação de cláusula pétrea.

Também quando se analisa as decisões de ações que impugnavam dispositivos da EC 41-03, a qual fazia parte da chamada "reforma previdenciária", que visava diminuir o impacto do pagamento de aposentadorias nos cofres da seguridade social, deficitária, os argumentos referentes às implicações de cunho fático são ainda mais evidentes.

É o que se denota do julgamento da ADI 3104, a qual traz impugnação do art. 2º da EC 41, que segundo os autores feriria direito adquirido dos servidores públicos estatutários ativos, violando seu direito adquirido, por conta da modificação do regime previdenciário desses servidores, que já pagavam contribuição sob a égide de outro regime e não teriam mais a possibilidade de usufruir deste, que era mais benéfico.

Nesse caso, Cezar Peluso, em seu voto, levanta a questão de estar o sistema previdenciário em crise, o que teria gerado diversas modificações legislativas a cada mudança de governo, na tentativa de resolver o problema. Esta mudança, segundo ele, não necessariamente resolveria tal crise.

Este Ministro lembra que devem ser avaliados o custo da mudança e a viabilidade econômica das prestações estatais, pois o sistema previdenciário, se continuasse como estava, poderia entrar em colapso. Portanto, por mais que seja a mudança danosa à propriedade de pessoas pertencentes a determinados setores da sociedade, que se viram atingidos pela emenda 41, o que o Ministro Cezar Peluso, bem como os outros Ministros que também seguiram a mesma linha, considerou como argumento mais relevante, foi o fato de existir um déficit grave nos cofres da seguridade social, que futuramente poderia vir a afetar a sociedade como um todo, caso não fossem tomadas providências por parte do governo.

O Tribunal não julga a medida como a melhor possível, nem mesmo como passível de solucionar o problema, mas ao manter a parte questionada da emenda, demonstra que por não possuir possibilidade de

propor outra solução mais eficaz, bem como por não ter certeza se o impacto de sua decisão, caso revogasse a parte impugnada da emenda, inviabilizaria a implementação de políticas previdenciárias, o que poderia barrar mudança necessária economicamente para a saúde da previdência social.

Marco Aurélio é o único Ministro que profere voto divergente nesta ação, sendo que suas considerações para fazê-lo também carregam argumentos relacionados aos impactos fáticos da emenda. Primeiramente, observa que a CF é constantemente emendada e a legislação brasileira constantemente mudada sempre que novo presidente chega ao poder por achar que ali estão os problemas. Ressalta que o que precisamos é de homens públicos que observem o ordenamento jurídico em vigor. A partir disso, evoca a questão de segurança jurídica, a qual estaria prejudicada com a emenda e afirma que esta mudança não necessariamente desafogará a previdência. Sua posição não se contrasta totalmente com a dos demais Ministros, os quais também acreditam pouco que a emenda trará a solução necessária. Entretanto, a meu ver, não considera a intromissão do Tribunal, nesse assunto, como gravosa ou perigosa ao ponto de inviabilizar todo o desenvolvimento de uma política que vise contornar a crise. Motivo pelo qual julga a ação procedente.

Também nas ADIs 3105 e 3128 o argumento da crise do sistema previdenciário se repete.

Joaquim Barbosa, em seu voto, quando trata da questão do direito adquirido, sustenta que aqueles que enquanto ativos não contribuíram, considerando que estavam em "regime de privilégio", não devem ser beneficiados em situações de crise.

Mediante análise do voto, o que se denota é que o Ministro Joaquim Barbosa atribui maior valor a direitos e garantias de cunho social, ou coletivo, do que aos direitos individuais que os autores visaram proteger por meio da ADI. Não que ele desconsidere a fundamentalidade das garantias individuais, mas tenta ressaltar que num país desigual como o nosso, por

vezes, essas garantias devem ser relativizadas em prol do interesse social e coletivo.

Nesse sentido, ao considerar que os servidores públicos aposentados, que foram obrigados a contribuir para os cofres da previdência, são privilegiados, em virtude do fato de nunca antes terem contribuído (pois assim dispunha a legislação da época), o Ministro faz um juízo de valor para julgar improcedente a ação quanto a esta questão, por conta de não enxergar na manutenção dos supostos “privilégios” razão que viabilize a sobrecarga dos cofres previdenciários, com vistas a trazer danos irreparáveis para as gerações futuras.

Cezar Peluso, na mesma linha de raciocínio de Joaquim Barbosa, analisa a importância de se considerar a repercussão da decisão na sociedade, ao dizer que não bastam, para o julgamento do caso, os métodos tradicionais de argumentação jurídica e se justifica ao citar Karl Larenz:

“nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídica-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, perreat res publica*. Nenhum juiz procederá assim na prática. Aqui a ponderação das conseqüências é, portanto, de todo irrenunciável”. (ADI 3105, Rel. Min. Cezar Peluso, julgada em 18\08\04, pg. 129 do acórdão).

E continua, afirmando que é necessária a ponderação das repercussões, a qual tende a garantir a viabilidade econômica de sistema da mais alta importância social e de não agravar a situação dos menos favorecidos.

Constrói, então, raciocínio que privilegia a análise dos efeitos práticos da medida política na sociedade enquanto essa for benéfica e necessária à coletividade, em detrimento de raciocínio que desconsiderasse esta questão em decisão que se pautasse somente a partir da lógica jurídica e sobre o prisma dogmático. Nelson Jobim apresenta posição semelhante.

Entretanto, Celso de Mello afirma que razões operacionais e de necessidade estatal jamais podem prevalecer sobre direitos individuais e fundamentais. Não devem ser submetidas constituições democráticas a qualquer juízo de oportunidade, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em pragmatismo governamental. Nesse sentido, a Constituição deve reinar e somente devem ser implementadas modificações que respeitem o disposto na CF, não importando aqui a relevância da questão para desenvolvimento de programas de governo, ou de qualquer necessidade, por mais patente que esta seja. Entretanto, não considera neste caso violação a direito protegido pela CF no rol das cláusulas pétreas, pois não considera ser direito adquirido, por parte dos servidores aposentados, o direito de não ter sua previdência tributada. Dessa forma, o voto desse Ministro, somente possui o mesmo resultado dos votos supra mencionados por conta deste desconsiderar a alegação de violação a direito adquirido.

Para o Ministro Celso de Mello, diferentemente dos demais citados, os direitos individuais devem sobrepor-se às políticas públicas, mesmo que muito relevantes. Ou seja, ele não considera a afirmação de sobreposição do interesse social no caso, julgando mais relevante a preservação dos preceitos constitucionais. Os governantes devem desenvolver suas políticas de acordo com esses preceitos, ou estas serão inconstitucionais, não interessando as consequências fáticas da decisão.

Neste caso existem interesses igualmente contrastantes dentro da sociedade, um deles se refere ao direito individual de todos e cada um de não verem seus direitos fundamentais lesados por conta de erros estatais realizados no passado e de outro lado estão os direitos de toda uma coletividade, que custeia a aposentadoria de inativos públicos que em muitos casos nunca chegaram a contribuir.

A questão é complexa e se relaciona com uma crise do sistema previdenciário que é latente e pode trazer danos aos futuros aposentados. Nessa situação, o STF reconhece os direitos e interesses de ambos os lados, mas se vê em situação desconfortável em decidir completamente desfavorável ao Congresso, pois não tem exata dimensão dos efeitos que, a

longo prazo, podem ser trazidos por uma decisão que contrarie a decisão política. Assim, o interesse da sociedade civil compreendida na totalidade dos servidores públicos, hoje contribuintes, não pode ser sacrificado em favor de apenas uma parcela de pessoas.

Também na ADI 3367, que trata da criação do CNJ, são evidenciadas as implicações fáticas da emenda constitucional na sociedade, como um dos fortes argumentos que formou o convencimento de alguns Ministros.

Os argumentos de cunho fático aparecem, na maioria dos votos, como *obiter dictum*, o que, contudo, não retira sua importância na argumentação dos Ministros.

Cezar Peluso, relator do acórdão, alega que isolar o Judiciário, o que ocorreria caso o CNJ contivesse somente membros do Poder Judiciário, o afastaria do controle popular, o que não é bem-vindo para a democracia, devendo-se rever este conceito, para que a própria instituição possa ser melhorada rendendo mais e coibindo irresponsabilidades de seus membros.

No mesmo sentido, Eros Grau, em seu voto ressalta sua visão a respeito do tribunal:

“É que esta corte é um tribunal político, no sentido que provê a viabilidade da polis. Cumpre-nos compreender a singularidade de cada situação no âmbito da polis, isto é, do Estado. Por isso, não estamos aqui para sacrificar a realidade em benefício de doutrinas. Não interpretamos apenas textos normativos, mas também a realidade, de modo que o significado da Constituição é produzido, pelo intérprete, contemporaneamente à realidade”. (ADI 3367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgada em 13\04\05, pg. 86 do acórdão).

Assim, não seria possível se interpretar a CF em favor da magistratura e em desfavor da sociedade e do interesse geral.

Note-se que ambos os Ministros, neste caso, consideram a defesa da democracia e da “polis” como motivo relevante, argumentativamente, para justificar a manutenção do CNJ, tal como disposto pelo Legislador derivado. Pois com membros de outro Poder e de outros órgãos, alheios ao Judiciário,

a democracia seria exercida mais plenamente e a fiscalização mais transparente, pois não haveria a possibilidade de ser exercido pelo Conselho controle que se mostrasse corporativista. Ou seja, os votos também se baseiam na defesa do sistema democrático, e assim, do interesse geral da sociedade, demonstrando a consideração de implicações fáticas para a formação do convencimento desses Ministros na ação.

5. O tempo e as decisões: em que divergem os casos e as decisões em relação ao tempo quando o Tribunal decide?

A partir do exposto nos capítulos anteriores da análise qualitativa, iniciarei aqui a análise das implicações destas questões na definição do momento em que serão julgadas as ações, bem como de qual será o resultado da decisão.

Como elucidado anteriormente na análise quantitativa das ações, nota-se que existe um grande paradoxo na definição de pauta do Tribunal ao julgar as ADIs analisadas, existindo ações que foram julgadas em sede definitiva em poucos dias ou poucos meses, bem como outras que somente foram julgadas após muitos anos.

A partir disso, caberia o questionamento: em quais casos escolhe o STF julgar mais rapidamente ou ir com mais cautela e por qual razão?

Então, levando em consideração as questões abordadas até aqui, é que numa junção de todos os fatores apresentados, serão analisadas as ações que obtiveram decisão, para que possam ficar mais claros os motivos que levaram os Ministros a incluir essas ações em sua pauta.

Para que fique mais lógico e claro, as decisões serão organizadas, a priori, de acordo com o tempo que demoraram em receber decisão, ou seja, a divisão se dará de três modos: a) decisões que foram proferidas em tempo muito menor do que a média de tempo do total de ADIs, b) decisões com tempo próximo à média, e c) decisões proferidas com muito tempo a

mais que a média. Essas divisões se darão em dois níveis: o que considerará a demora para proferir decisões em sede cautelar, e o que considerará em sede definitiva.

As médias aplicadas à análise serão aquelas já deduzidas no tópico 3.3 do trabalho, ou seja, a média de tempo para cautelar seria de 9,60 meses, se considerada a ADI 2135 no computo, mas esta será desconsiderada, motivo pelo qual será considerada média de tempo de 2,90 meses. Para as decisões definitivas, a média de tempo encontrada é de 2,76 anos, se considerado o total de ações que foram julgadas nesta sede.

Para fins de análise qualitativa, não serão analisadas as ADIs, que decididas definitivamente, não foram conhecidas ou foram declaradas prejudicadas pelo julgamento de outras ações de igual teor, sendo que, excepcionalmente, dentro das prejudicadas serão consideradas as ações que obtiveram esta decisão por conta de perda do objeto.

Dessa forma, o quadro que se forma é o seguinte:

1. ADIs abaixo da média de tempo para cautelar (média sem a ADI 2135): 6 ações.

- a) 1420 - MC indeferida em 2 meses e 9 dias.
- b) 1497 - MC indeferida em 1 mês e 7 dias.
- c) 1501 - MC indeferida em 1 mês.
- d) 1805 - MC indeferida em 8 dias.
- e) 2025 - MC indeferida em 1 dia.
- f) 3854 - MC deferida em 21 dias.

2. ADIs próximas à média de tempo para cautelar: 3 ações.

- a) 1946 - MC deferida em 3 meses e 10 dias.

b) 2024 - MC indeferida em 3 meses e 25 dias.

c) 2031 - MC parte deferida em 2 meses e 14 dias.

3. Acima da média de tempo da cautelar: 4 ações.

a) 2135 - MC deferida em parte em 7 anos e 6 meses.

b) 3395 - MC deferida em 1 ano, 2 meses e 10 dias.

c) 3472 - MC deferida em 10 meses e 23 dias.

d) 3684 - MC deferida em 1 ano e 20 dias.

4. Abaixo da média de tempo para a definitiva: 4 ações.

a) 2666 e 2673 - DD improcedente em 3 meses e 20 dias.

b) 3105 e 3128 - DD procedente em parte em 7 meses e 23 dias.

c) 3367 - DD improcedente em 4 meses e 4 dias.

d) 3685 - DD procedente em 14 dias.

5. Na média de tempo para definitiva: 2 ações.

a) 2031 - DD procedente em parte em 3 anos, 2 meses e 18 dias.

b) 3104 - DD improcedente em 3 anos, 9 meses e 26 dias.

6. Acima da média de tempo para definitiva: 6 ações

a) 1420 - DD prejudicada por perda do objeto em 6 anos e 1 mês.

b) 1497 - DD prejudicada pela perda do objeto em aprox. 7 anos e 2 meses.

c) 1501 - DD prejudicada por perda do objeto em 7 anos e 7 dias.

d) 1946 - DD procedente em parte em 4 anos, 2 meses e 10 dias.

e) 2024 - DD improcedente em 7 anos e 10 meses.

f) 2395 - DD improcedente em 6 anos, 3 meses e 10 dias.

A partir dessa divisão, o que se percebe, é que tanto em sede cautelar, quanto em definitiva, poucas decisões se enquadram na média obtida, de forma que a maioria das ações decididas termina por se posicionar abaixo, ou acima da média de tempo. Nota-se ainda, que existe uma longa distância temporal, nas duas sedes de decisão, entre as ações que se posicionam abaixo e acima da média, o que mostra que a média construída, não necessariamente representa a realidade. Desse modo, o que se teria é um leque de ações que ou são decididas de forma muito célere, ou muito lenta.

Entretanto, como pode se verificar a partir dos números das ADIs, esta conclusão aparente se mostra contraditória, se notarmos que a maioria das ADIs que integram o rol de decisões definitivas, também foram decididas cautelarmente e em pouco tempo. Assim, somente 3 decisões ficam fora do enquadramento em um julgamento mais célere, que são as ADIs: 2135, 2395 e 3104, se considerarmos a demora para proferir decisão cautelar ou definitiva muito maior do que a média, sendo realmente expressiva.

Tais constatações ressuscitam novamente indagações trazidas na parte quantitativa sobre o porquê do Tribunal, ao proferir decisões, as quais representam quase o mesmo efeito tanto em sede cautelar quanto definitiva, tem decidido de forma rápida em alguns casos e em muitos outros, propostos já há muitos anos, nem sequer ter se pronunciado.

O que tem de especial nas ADIs decididas de forma célere que as diferencia das que não foram julgadas, ou que o foram muitos anos depois de propostas?

Começando pelas ADIs que dentre as analisadas obtiveram tempo recorde de julgamento em sede cautelar e definitiva, destacam-se as ADIs 2025 (1 dia para cautelar), 1805 (8 dias para a cautelar) e 3685 (14 dias para definitiva), as duas últimas correspondentes à impugnação de emendas que modificaram partes do processo eleitoral. As duas primeiras ações tiveram suas cautelares indeferidas e a última teve decisão procedente. Dentro do conjunto formado por essas três ações, a ADI 2025 não será considerada na análise qualitativa devido ao fato de que, após ter tido sua cautelar indeferida por decisão da presidência, não foi conhecida pelo pleno.

Um dos fatores de cunho fático que poderia ter levado os Ministros a apressar o julgamento das ações que restaram, se pauta no fato de que as emendas impugnadas foram promulgadas pouco tempo antes do período eleitoral, de modo que se a decisão não saísse rapidamente, as eleições poderiam ocorrer de acordo com o disposto nas emendas, prejudicando a eficácia de decisões que porventura viessem a optar pelo pedido dos autores.

Portanto, a partir da alegação dos autores de que teriam as emendas ferido cláusulas pétreas, questão de grande relevância jurídica, por conta destas supostamente desconsiderarem a aplicação de requisitos constitucionais referentes ao processo eleitoral, se fez necessária conceituação tanto a respeito da amplitude das cláusulas pétreas, para verificar se os artigos alegados como direitos fundamentais, realmente possuíam este caráter a ponto de justificar a interpretação conforme.

Na ADI 1805, somada a questão de praticamente iminência das eleições, o que levaria o STF a decidir rapidamente para que fosse extirpada a dúvida suscitada pelos autores e para que a decisão produzisse seus efeitos já nas eleições que viriam, também a certeza quanto à possibilidade de poder haver escolha política dos parlamentares para a observância ou

não da necessidade de os candidatos à reeleição abandonarem seus cargos 90 dias antes do novo pleito, foi essencial para que este decidisse rapidamente, não permitindo que a discussão a respeito se prolongasse, prejudicando o pleito eleitoral que se sucederia.

Na ADI 3685, a questão da iminência das eleições também se mostra latente inclusive no que tange ao direito fundamental dito por lesado pelos autores, contido no artigo 16, da CF, que dispunha:

“A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência”.

Por conta disso, foi esta decisão proferida em tempo recorde, pois além de ter o Tribunal certeza da inconstitucionalidade, frente ao desrespeito ao preceito acima, cláusula pétrea, também observava a necessidade de se barrar medidas legislativas incoerentes com a CF e com o esperado pela sociedade civil, no sentido de que, caso a emenda viesse a ser aplicada para o pleito eleitoral que se avizinhava, sérios danos seriam trazidos tanto para a organização dos partidos políticos, quanto para a sociedade civil que seria surpreendida, problemas que o artigo 16 visava impedir.

Note-se que se levarmos em consideração a lógica da balança, já estabelecida anteriormente, o que se depreende das duas decisões, embora com resultados distintos, é que o interesse coletivo da sociedade civil foi privilegiado nas duas situações.

No primeiro caso em relação à proteção da democracia e conseqüentemente, da soberania popular, pois caso os eleitores reelegessem os chefes do Executivo, demonstrariam não querer que estes fossem afastados do cargo meses antes da eleição, ou seja, se o valor último que se visaria proteger com a reeleição era a continuidade da administração então vigente, seria incoerente democraticamente que se desrespeitasse a vontade popular, que por meio de seus votos demonstraria estar contente com a perpetuação do chefe do Executivo no poder. Motivo pelo qual a cautelar foi indeferida.

No segundo caso, o interesse que se visava proteger era o de não utilização da via de reforma constitucional apenas por conveniência política casuisticamente, o que traria desequilíbrios aos partidos políticos que seriam prejudicados nas eleições, que poderiam ser direcionadas num determinado sentido, devido ao fato de haver pouco tempo para estabelecer coligações, o que prejudicaria pequenos partidos menos organizados. De outro lado, traria prejuízos aos eleitores que seriam pegos de surpresa e teriam o processo de formação de suas escolhas eleitorais desvirtuadas, por conta dos partidos não se apresentarem em condições iguais de oportunidades para formar suas alianças.

Portanto, nesses casos, a proteção da democracia, e de um processo eleitoral justo, equilibrado e coerente e de um processo legislativo que não desvirtuasse sua finalidade, indiretamente protegeu os interesses da sociedade civil como um todo. Esses fatores garantiram legitimidade ao Tribunal para intervir na decisão legislativa na ADI 3685, defendendo a democracia e a sociedade e julgando as ações.

Nas ADIs que tratavam da criação e prorrogação da CPMF: 1497, 1501, 2031, 2666 e 2673, as quais foram julgadas também em pouco tempo, os motivos que poderiam ter levado o Tribunal a colocá-las na pauta, correspondem ao caráter controverso do tributo, devido ao fato de que a contribuição não possuía fato gerador consistente em geração de riqueza, não existindo em movimentações bancárias fatos econômicos ou jurídicos relevantes para a instituição de tributo²⁸. Outro fator é que o tributo estava sendo sucessivamente prorrogado, de forma que a suposta provisoriedade da contribuição teria sido descaracterizada. Assim, tendo em vista a possível lesão dos interesses dos contribuintes tributários, o Tribunal optaria por colocar estas questões em pauta e analisá-las, extirpando dúvidas quanto à validade do tributo antes que ele incidisse por muito tempo e, conseqüentemente, gerasse danos à propriedade da sociedade civil.

Nestes casos, o tribunal se mostrou receoso em impugnar este tributo, entendendo, em maioria dos votos, que sua criação e prorrogação

²⁸ Voto vencido de Marco Aurélio na ADI 1497, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 09\10\96.

teria sido uma decisão política. Da mesma forma, como a Corte não julgou as ações procedentes desde a criação da contribuição, passou a seguir o precedente formado até o final.

Os Ministros também sopesaram seu papel na separação de poderes, ao considerarem sua legitimidade e responsabilidade para intervir em determinadas decisões políticas, em contraposição com interesses da sociedade civil, que passavam a ter sua carga tributária aumentada.

A partir desse sopesamento entendeu o Tribunal que não cabia a ele intervir, mas que deveria respeitar a decisão legislativa em política tributária. Uma das razões desse resultado pode estar no fato da Corte não ter real dimensão dos impactos na economia e na implementação de uma nova política tributária que a revogação da contribuição poderia gerar. A CPMF tinha seus recursos alocados para custeio da saúde. Desse modo, a falta de possibilidade de impor uma solução alternativa em contraposição ao tributo, ao invés de simplesmente revogá-lo, trouxe hesitação por parte dos Ministros em impugnar a política, demonstrando respeito pela decisão Legislativa, por não querer assumir a responsabilidade de possíveis riscos que decisão contrária traria.

Nos casos que impugnam partes das emendas 20 e 41, da chamada “reforma previdenciária”, a lógica de sopesamento das decisões políticas em confronto com os interesses da sociedade e da defesa de direitos fundamentais se mostra semelhante à dos casos da CPMF.

Havia grande clamor social, importantes direitos envolvidos e o prejuízo de setores significativos da sociedade, devido ao fato de terem sido promulgadas mudanças significativas na previdência social, que por mexer nos benefícios dos aposentados e dos que viriam a se aposentar, ou seja, na renda das pessoas, fazia com que estes estivessem mais sensíveis e incomodados com a questão.

Atrelada a insatisfação da sociedade civil, era latente para os Ministros o fato de haver uma crise instaurada no sistema de seguridade social que poderia, no futuro, entrar em colapso por falta de recursos.

Dessa forma, levando em consideração os fatores acima apresentados, o Tribunal optou por não intervir nesta política pública, pois, do mesmo modo que se posicionou em relação à CPMF, também não tinha dimensão real dos impactos que poderia ter uma decisão que contrariasse a implementação das mudanças realizadas.

Entretanto, o que se nota é que apesar de 36% do total de ações (correspondendo a 22 ações se computadas também as não julgadas) se referirem às matérias das emendas 20 e 41, apenas 10 casos foram decididos, deste número, 3 ações não foram conhecidas, 2 foram julgadas prejudicadas pelo julgamento de outras ações de teor semelhante e, das conhecidas, 2 ações (3105 e 3128) foram apreciadas conjuntamente por impugnam a mesma questão. Desse modo, nos deparamos com somente 4 questões referentes à reforma previdenciária em que se posicionou o Tribunal, as quais correspondem as decisões das ADIs 1946, 2024, 3104 e 3105.

Frente à avalanche de ações impugnando as mesmas emendas constitucionais, mas não necessariamente os mesmos assuntos, o que se depreende é que teria a Corte escolhido por se pronunciar em alguns casos, talvez os mais relevantes e controversos no debate na sociedade civil. Entretanto, em um dos casos verifica-se mais demora para decisão (3104), a qual carregaria em si assuntos que se mostravam mais duvidosos se considerado seu impacto fático, no sentido de que o Tribunal preferiria amadurecer seu entendimento sobre a questão e visualizar a aplicação da emenda por algum tempo, antes de julgar.

Dessa forma, assume-se aqui que as ações do conjunto "reforma previdenciária" que foram julgadas, teriam sido escolhidas mediante juízo de valor do Tribunal como as mais relevantes, no sentido de ser necessária intervenção do STF na questão para acalmar a sociedade civil, que por meio dos legitimados para propor ADIs, não parava de interpor ações impugnando as mesmas emendas e, por vezes, o mesmo assunto. Assim, haveria por parte do Tribunal a intenção de conter o número de ações nessa temática a partir de seu posicionamento nas questões mais relevantes juridicamente e que estavam suscitando maior clamor social.

Dentro das 4 questões analisadas pelo STF, 2 ações tiveram julgamento pela procedência em parte, quais sejam as ADIs 1946 e 3105, sendo que a primeira teve sua cautelar julgada e deferida em parte antes da decisão definitiva. O que diferencia essas ações das outras duas, enquanto argumentação jurídica e lesão a direitos, é que ambas traziam impugnações referentes a violações arbitrárias do princípio fundamental da igualdade.

A ADI 1946, a qual impugnava a emenda 20 que tinha estabelecido teto para o pagamento do salário maternidade pelo INSS, de forma que a complementação do restante seria realizada pelo empregador, representava como conseqüência, ao ver dos Ministros, a possibilidade de que o empregador passasse a preferir empregados do sexo masculino ao invés de mulheres, por conta dos homens trazerem menores riscos de onerosidade futura, o que comprometeria seriamente a igualdade entre os sexos no mercado de trabalho.

Dessa forma, o Tribunal, ao sopesar os interesses da sociedade, refletidos no direito de igualdade, opta por se sobrepor à decisão política, pois por mais que a modificação dessa política pública pudesse onerar o orçamento dos cofres da seguridade social, os prejuízos dessa medida para a sociedade, seriam muito maiores e flagrantes. Nesse sentido, para a Corte fica clara a lesão do núcleo essencial do direito de igualdade contido no artigo 5º da CF, que por ser cláusula pétrea, justificava a declaração de inconstitucionalidade.

Nessa mesma lógica é que é deferida em parte a ação 3105, na qual se impugnava parte da emenda 41 que impunha aos servidores públicos inativos a obrigação de pagar contribuição previdenciária. Além desta alegação, os autores também impugnavam a diferenciação do valor das alíquotas das contribuições a serem pagas por aposentados, ativos e pensionistas.

Dessa forma, no julgamento dessa ação optou-se por um entendimento que fosse mais seguro politicamente. Ou seja, ao se evitar conflito com a decisão política, menor risco de erro seria gerado para o

Tribunal, o qual não tinha a real dimensão do impacto que poderia ser gerado no futuro, caso estes aposentados não viessem a pagar contribuições, auxiliando no custeio da previdência social, motivo pelo qual a primeira impugnação foi improcedente.

Por outro lado, na parte que toca em violação da isonomia entre os servidores, que se relaciona diretamente ao direito de igualdade, o Tribunal entendeu que esta garantia merecia mais peso do que os impactos que poderiam ser causados ao se barrar a política. Assim, por entenderem não haver razões lógicas para a discriminação, concluem que essa não poderá ocorrer e, neste ponto, julgam a ação procedente. Note-se que o princípio da igualdade, também quando tido por lesado nesta ADI, foi compreendido como cláusula pétrea ferida em seu núcleo essencial, justificando a intromissão do STF na questão.

Todavia, no que tange a ADI 2024, cuja emenda impugnada incluía os Estados como contribuintes obrigatórios da previdência, percebe-se que esta ação foi decidida rapidamente (3 meses e 25 dias para decisão cautelar) somente para que conflitos dentro da Administração Pública fossem resolvidos.²⁹ De forma que sua cautelar foi indeferida, prevalecendo a decisão política.

Já na ação 3104, que tratava da mudança do regime previdenciário para servidores públicos ativos, a lógica para se julgar improcedente a ação levou em conta os riscos que decisão mais favorável aos autores poderia trazer enquanto barrar implementação de nova política previdenciária. Mais uma vez, por não ter o STF real dimensão do impacto da revogação da política, não caberia a ele decidir de forma desfavorável a ela, podendo trazer prejuízos para os cofres da previdência a longo prazo. Portanto, o direito tido por preterido pelos autores não seria razão suficiente para que o STF barrasse tão relevante política pública e como havia maiores riscos e dúvidas por parte do Tribunal este demorou mais para decidir sobre essa

²⁹ A ADI 2024 Impugnava o artigo 40, § 13º, da CF, cuja redação foi modificada pela EC 20-98. Os autores afirmam que a modificação feriria o sistema federativo, ao interferir na autonomia dos estados qualificando-os como contribuintes obrigatórios da previdência. Esta ação, antes de ser julgada improcedente em sede definitiva, já havia tido sua cautelar indeferida.

questão, deixando que a emenda produzisse seus efeitos por algum tempo, antes de julgar a causa. A demora para que esta ação obtivesse decisão (3 anos, 9 meses e 26 dias, aproximadamente), demonstra a hesitação do Tribunal ao decidir a questão, ou seja, os Ministros não queriam tocar na discussão da ADI por não terem formado ainda seu convencimento, preferindo analisar, com o passar do tempo, os impactos da aplicação da parte impugnada da emenda.

Outra emenda que também apresentou uma avalanche de ações foi a emenda 45-04, que trata da chamada “reforma do Judiciário”. Referentes a partes dessa emenda, foram propostas um total de 16 ações, das quais 5 ações foram decididas em sede cautelar ou definitiva (3367, 3395, 3472, 3684 e 3854).³⁰O elevado número de ações propostas nesta temática pode ter estimulado o STF se posicionar sobre algumas delas na tentativa de impedir que novas ações, impugnando a mesma emenda, fossem propostas.

Em relação as 5 ADIs referidas nota-se que nenhuma apresentou tempo exorbitante de espera para ser julgada. Muito embora três delas tenham sido julgadas com margem de tempo maior que a média extraída para cautelar, estes períodos são pequenos e se aproximam de um ano. De outra forma, a única ADI decidida em sede definitiva, deste rol, foi decidida em 4 meses e 4 dias após sua proposição (ADI 3367), tempo muito aquém da média encontrada para decisões definitivas. Por ora, outro fato que também salta aos olhos é o de que das 5 ações julgadas, somente a ação 3367, teve resultado pela improcedência da ação, sendo que em todos os outros casos, as cautelares foram deferidas.

Na ADI 3367, a qual trata da criação do CNJ, o que se buscou foram parâmetros para argumentar se haveria ou não violação do princípio da separação dos poderes. Entretanto, contraposta a esta questão, estava a problemática de que a criação deste Conselho visava a melhoria do Poder Judiciário, o que envolvia maior fiscalização de seus membros, para que este se tornasse mais transparente à sociedade, sendo que o STF sopesou estes fatores.

³⁰ Mais outras 3 ações diretas se encontram apensadas à ADI 3854.

Também a questão da crise do Poder Judiciário é relevante, pois a partir deste fato cresce o ônus decisório do STF em dar decisão que possua menor possibilidade de erro possível, já que caso contrário, ao invés de proteger a separação dos poderes, poderia agravar a crise ou impor barreiras ao Legislativo em atuar na reversão desta, motivo pelo qual julgou improcedente a ação.

Já quanto às ações 3395, 3472 e 3684, que foram julgadas em 1 ano e 2 meses, 10 meses e 23 dias e 1 ano e 20 dias, respectivamente, pode-se justificar a rapidez das decisões devido a dois fatores: primeiro, no caso da ADIs 3395 e 3684, por conta de conflitos de interpretação em relação à delimitação de competências da Justiça do Trabalho, questões que na prática estavam gerando problemas. Por tal motivo, o STF decidiu por expurgar rapidamente a dúvida de forma a possibilitar o andamento da máquina judiciária sem maiores entraves. Segundo, a ADI 3472 trouxe clara inconstitucionalidade no processo de aprovação da emenda constitucional impugnada, no que toca a criação do Conselho Nacional do Ministério Público, expurgando a dúvida quanto a esta questão antes que o Conselho começasse a atuar realmente, pois caso fosse desmembrado posteriormente a sua formação e atuação, haveria um grande problema, na prática, para anulação das decisões tomadas.

Contudo, na ADI 3854, a qual também apresenta decisão cautelar proferida em tempo bem abaixo da média (21 dias), a conceituação da amplitude das cláusulas pétreas novamente é levantada. A questão que se discute nesta ADI se refere ao estabelecimento de um subteto de remuneração aos magistrados estaduais que é menor que o subteto dos magistrados federais. Nesse caso, também o princípio da isonomia é lesado topicamente, já que foi estabelecida discriminação injustificada entre os diferentes âmbitos da magistratura. Dessa vez, como nos casos das ADIs 1946 e 3105, o problema de lesão ao princípio da igualdade é mais forte que a intromissão do STF na política legislativa, sopesamento que enseja a intervenção para se declarar em sede cautelar, muito rapidamente, a inconstitucionalidade da emenda.

Quanto as demais ações que impugnavam a emenda 45 e que não foram julgadas, a lógica de raciocínio aplicada aos casos da reforma previdenciária novamente se repete. Os Ministros escolhem decidir ações que apresentam inconstitucionalidade, ou constitucionalidade, mais facilmente identificável, ou seja, casos que são menos controversos politicamente, ou que prejudicam de forma mais flagrante a sociedade civil ou algum setor do governo por exemplo. Por outro lado, também selecionam os casos mais relevantes juridicamente com vistas a impedir a continuidade da proliferação de ADIs que impugnam essa emenda.

Nos casos considerados como menos relevantes, o STF se eximiria de decidir relegando algumas ações para serem julgadas no futuro, em decorrência de não haver necessidade de pressa em resolver a questão. Isso se daria por conta da baixa importância jurídica de algumas dessas ações, ou por se mostrar simpático a política implantada, deixando que a parte impugnada da emenda vigore por mais tempo, sem se pronunciar.

Para complementar a análise dos pontos que levam à definição da pauta no STF é necessário que sejam analisadas as ações que demoraram mais para obter decisão, considerados os tempos tanto das decisões cautelares quanto definitivas. As ações que mostraram distância temporal maior em relação às outras, como já mencionado anteriormente, foram as ADIs 2135, 2395 e 3104³¹.

A ADI 2135 demorou 7 anos e 6 meses para ser decidida cautelarmente. Este dado é estranho, já que um dos requisitos para a admissão das medidas cautelares é o *periculum in mora*, o qual estaria desconfigurado após a espera de tanto tempo. Esta ação trata da impugnação da emenda 19, a qual teria tido vício formal em sua aprovação. Nesta ação a decisão foi favorável aos autores, declarando a inconstitucionalidade formal da emenda. A decisão demorou para ser proferida devido ao fato de que o Tribunal teria hesitado em se posicionar sobre a questão, devido aos impactos que sua decisão poderia gerar ao impugnar emenda que trazia uma mudança estrutural na Administração, a chamada "reforma gerencial".

³¹ A ADI 3104 já foi analisada neste capítulo.

Por conta disso, a demora pode ser justificada pelo grande risco contido na possibilidade de revogação da emenda do ordenamento, pois caso isso se sucedesse, uma política essencial para o programa de governo de FHC seria inviabilizada, fato que trazia grande responsabilidade ao Tribunal. O que se vê no julgamento dessa ADI é que houve clara utilização do tempo como estratégia decisória, já que a emenda somente foi declarada como inconstitucional em 2007, no governo Lula, mais de 7 anos depois de proposta a ADI. Ou seja, na prática a emenda produziu seus efeitos por mais de 7 anos até ser revogada, de forma que se deixou que o governo FHC atingisse seus objetivos com a mudança para depois revogá-la, não prejudicando o curso das mudanças políticas.

Este fato confirma as afirmações feitas em relação as ADIs que impugnam partes da emenda 45 e que ainda esperam julgamento, demonstrando que quando o STF se mostra mais simpático a determinada emenda constitucional, deixa que ela produza seus efeitos por um longo tempo antes de julgar a questão. Isso se dá, pois a inconstitucionalidade pode existir, mas o Tribunal também pode não querer barrar a emenda, motivo pelo qual posterga o julgamento de algumas ações.

Na ADI 2395, a qual trata da fusão, incorporação, desmembramento e extinção de municípios, nota-se que o Tribunal teria demorado para julgar a causa por entender que haveria possibilidade de violação ao pacto federativo, mas que as implicações fáticas da promulgação da emenda eram benéficas para a sociedade, no sentido de evitar mais facilmente a proliferação de municípios por interesses eleitoreiros. Essas implicações foram essenciais para que a decisão que mantivesse a política. Dessa forma, o STF estava ciente de que poderia ter ocorrido violação a cláusula pétrea, mas estava confiante que a emenda havia mudado a CF para melhor defesa da democracia e da sociedade, por isso hesitou alguns anos em decidir a questão. O intuito era postergar o julgamento que poderia trazer decisão que impugnasse a emenda, de forma que seria interessante ao STF que a emenda pudesse vigorar por algum tempo.

Após estas análises, na conclusão que virá, será evidenciado um padrão de critérios que determinam a definição de pauta no STF.

6. Conclusão

A partir de todo o exposto no trabalho, verifica-se que muitas questões de cunho político com conteúdo de políticas públicas chegam ao STF. No caso das emendas constitucionais este fator se torna ainda mais evidente, já que como observado, a maioria das emendas visava modificar questões constitucionalizadas que barravam a implementação de programas de governo.

O STF passou então a representar o papel de um dos protagonistas do processo político brasileiro, pois houve um deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário. Sobre essa questão se manifestou Oscar V. Vieira no seguinte sentido:

“Para muitos constitucionalistas, o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário é, antes de tudo, uma consequência do avanço das constituições rígidas(...) Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição. A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.”³²

³² O. V. Vieira, “Supremocracia” in *Revista de Direito GV*, vol. 8, São Paulo, 2008.

Dessa forma, a largueza da CF tornou mais complexa a atuação dos poderes democráticos, que se viam engessados por uma espécie de “programa de governo constitucionalizado”, gerando a necessidade de que muitas vezes se mudasse a CF para a implementação de novas políticas. De outro lado, como consequência, o STF passou a realizar o controle dessa imensa gama de políticas públicas constitucionalizadas que estavam sendo modificadas. “A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo”³³.

Somado a essas questões, também se nota que o STF passou a ser o âmbito de mais fácil acesso da sociedade civil para a contestação dessas mudanças políticas na CF. Isso se deu devido à amplitude do rol dos legitimados para propor ADIs, os quais enxergavam no Judiciário um meio mais fácil para a rediscussão das medidas legislativas. Assim, passaram a utilizar o STF como um local estratégico de atuação dentro da democracia, por conta da maior facilidade em acessá-lo em relação aos outros poderes, já que esse acesso poderia contestar a política diretamente.

Essa abertura do Tribunal a outros atores políticos o tem transformado em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que se encontravam descontentes com a mudança legislativa, ou que foram derrotados na arena representativa, caso dos partidos políticos de oposição a determinadas políticas do governo então no poder.

Devido à totalidade desses fatores, o Tribunal passou de mero espectador do desenvolvimento democrático para partícipe da conformação de decisões políticas, sendo constantemente chamado para, de certa forma, avaliar o processo de decisões democráticas desenvolvido nos demais poderes, atuando como uma espécie de poder moderador da República.

Essa atuação do Tribunal na esfera política é reforçada quando se percebe que os poderes políticos não hesitaram em modificar a CF

³³ Idem item acima.

constantemente. Como elucidado no trabalho, não há consenso entre os Ministros sobre uma forma clara de se interpretar a Constituição no que tange ao alcance das cláusulas pétreas e ao que seria um processo legislativo mais coerente. Entretanto, essas dificuldades transcendem os problemas hermenêuticos derivados da aplicação da CF, passando a atingir a dimensão da autoridade que se entende adequada a ser exercida por um tribunal dentro de um regime que se pretenda democrático. Nessa situação, aliada à questão da legitimidade do STF para intervir na conformação de políticas delimitadas no Legislativo e Executivo, surgem as implicações fáticas intrínsecas à aprovação das emendas constitucionais. Como se viu, essas conseqüências de ordem fática afetam diretamente o posicionamento dos Ministros nos casos que chegam a sua apreciação, de forma que o STF se vê no papel de avaliar determinada política, em conjunto com a interpretação da CF.

É nesse momento, que o Tribunal utiliza o tempo como uma importante estratégia decisória nesses casos, escolhendo o melhor momento para intervir e, assim, podendo controlar o *timing* do impacto judicial na implementação da política³⁴, seja acelerando uma decisão através do julgamento rápido da causa, seja protelando o julgamento com o intuito de encontrar o melhor momento para decidir. Também existe a possibilidade do Tribunal indeferir a cautelar para apreciar a questão novamente no mérito, deixando a norma viger por longo tempo até que a causa perca o objeto (caso das ADIs 1420 e 1497).

Existe, portanto, uma capacidade considerável dos Ministros de controlar o tempo e as conseqüências do impacto de suas decisões, seja sustentando políticas públicas que apóiam, atrasando a derrota dos casos com inconstitucionalidade flagrante que não consideram favorável para a democracia e para a sociedade civil.

Dessa forma, a definição da pauta de julgamento das ADIs que contestam a constitucionalidade de emendas constitucionais é essencial para a compreensão da utilização estratégica do tempo pelo Tribunal e da

³⁴ M. M. Taylor, "O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil" in *Revista de Ciências Sociais - DADOS*, vol. 50, nº 2, Rio de Janeiro, 2007.

forma como este está se utilizando de suas prerrogativas para a conformação de decisões das sedes representativas dos poderes. Ou seja, em que casos a Corte decide intervir ou julgar e em que casos se cala.

É dentro desse contexto, que percebi que a definição da pauta de julgamento das ADIs que impugnam emendas constitucionais de 1994 a 2009 se baseia nos seguintes critérios: i) relevância jurídica da questão impugnada, ii) certeza do Tribunal em relação ao seu convencimento sobre a inconstitucionalidade da emenda, iii) as implicações fáticas da decisão na sociedade, ou seja, sobre a possibilidade de danos sociais caso a emenda entrasse em vigor, iv) a necessidade de se extirpar eventuais dúvidas surgidas nos setores afetados pelas emendas, e v) proliferação de ações impugnando a mesma emenda.

Dessa forma, foram separadas as ações que seriam julgadas primeiro das que esperaríamos mais pelo julgamento. As que fossem selecionadas para integrar posição especial na pauta continham ao menos um dos requisitos expostos acima. Por outro lado, aquelas que não possuíam nenhum dos requisitos teriam suas decisões postergadas para momento mais oportuno.

Quanto ao resultado da decisão, este levaria em conta a lógica de uma balança com dois pratos posicionados lado a lado, que suportariam a contraposição de dois pesos.

De um lado estariam interesses diretos da sociedade como um todo, ou seja, a proteção da CF quanto à violação de cláusulas pétreas, a defesa da democracia, um processo legislativo que não se desvirtuasse de sua finalidade e a defesa de interesses coletivos.

De outro lado estaria o entendimento dos Ministros de que não teria o STF legitimidade para intervir em determinadas políticas constitucionalizadas pela via de emenda, somado à possibilidade de erro que eventual decisão que contrariasse a decisão política pudesse trazer. Haveria, assim, uma análise lógica da separação dos poderes, em que o STF respeitaria mais a decisão legislativa quando não tivesse a real dimensão do impacto que a contrariedade à determinada política, delimitada no *lócus* mais democrático dos poderes, poderia gerar. Neste “peso” seria também

privilegiada a defesa da democracia, enquanto respeitada a decisão popular manifestada via Legislativo, que tentava contornar alguma crise ou implementar políticas necessárias à defesa dos interesses da coletividade como um todo.

Nos casos em que a balança pendesse mais para a primeira situação, as ações teriam como resultado o deferimento da cautelar, ou a procedência no mérito, no todo ou em parte. Entretanto, quando a balança pendesse para a segunda situação, o Tribunal decidiria pelo indeferimento da cautelar ou pela improcedência do pedido.

Entretanto, apesar de haver a possibilidade de discussões entre os Ministros sobre o enquadramento das ações nos critérios, possibilitando o ingresso destas na pauta do STF, como é o relator quem tem o poder de definir quando a ação será julgada, seria ele que realizaria a análise da presença ou não dos requisitos apresentados anteriormente.

Por outro lado, a definição do resultado, por conta das votações se darem majoritariamente em plenário, dependeria do sopesamento dos argumentos dos Ministros em relação aos pesos apresentados, formando então a maioria vencedora.

Enfim, denota-se que o Tribunal, ao decidir casos sobre emendas constitucionais, leva em consideração principalmente os custos fáticos de sua decisão, sendo decorrência dessa consideração toda a argumentação jurídica que subjaz a formação do convencimento dos Ministros. A partir da análise destes custos é que o Tribunal decide se tem ou não legitimidade para intervir, sendo que em casos em que não possui a possibilidade de oferecer melhor solução ao problema que se avizinha, escolhe manter a política promulgada, entendendo ser melhor assim para a sociedade e optando por não assumir os riscos de suas decisões. *A contrario sensu*, quando os custos fáticos da implantação da política delimitada pela emenda afeta a sociedade de forma prejudicial, sem que hajam razões de ordem fática suficientes para tal, entende o Tribunal ser legítimo para intervir na decisão política.

Quanto às ações que não foram decididas e as que demoraram muito tempo para serem julgadas, ou que perderam seu objeto, nota-se que estas não mereceram lugar especial na pauta devido a três fatores: 1) incerteza do STF sobre sua opinião sobre a matéria impugnada, 2) simpatia do Tribunal quanto à mudança promulgada, deixando que a emenda vigesse por algum tempo, e 3) baixa relevância jurídica da ação em relação às outras.

As emendas impugnadas nas ações que preencheriam os fatores acima e que não teriam integrado a pauta do STF em local privilegiado, não teriam sido consideradas com potencial de dano caso continuassem a vigor. Estas ações esperariam para receber julgamento enquanto outras seriam apreciadas, sendo a decisão relegada para o futuro, quando a emenda já tiver produzido efeitos e quando o entendimento do Tribunal e o clamor público já estiverem acomodados a ponto de terem sido reduzidas as possibilidades de erro. Nesse sentido se manifestou o Ministro Maurício Corrêa em seu voto na ADI 1420:

“É pela própria conveniência, mais do que tudo, que se recomenda que não se deve tocar na integridade das normas impugnadas, pelo menos neste juízo preliminar, tanto que comportando matéria de alta relevância e indagação jurídica, até mesmo cláusulas pétreas, tudo está a recomendar que a análise mais aprofundada do tema se deixe reservado para o mérito do julgamento” (ADI 1420, Rel. Min. Néri da Silveira, julgada em 17\05\96, pg. 25 do acórdão)

Essa análise aprofundada, no entanto, nunca chegou a ser feita, tendo em vista que esta ADI somente foi julgada em sede definitiva mais de 7 anos depois de proposta já tendo perdido seu objeto.

Assim, o STF manteria sua credibilidade, não intervindo em políticas públicas desnecessariamente, evitando, portanto, decisões impensadas politicamente que poderiam trazer danos à sociedade a longo prazo, ou inviabilizando a política e a mudança necessária.

Desse modo, deixaria que as conseqüências de determinadas decisões políticas primeiramente se desenvolvessem no plano fático, para

depois tocar na discussão jurídica do caso, estando então de consciência limpa para intervir.

Portanto, agiria o Tribunal de forma estratégica no momento em que fosse chamado a integrar a discussão política travada anteriormente nos *lócus* representativos dos poderes. Sua principal arma nessa situação seria a utilização do tempo e a definição de pauta de julgamento. A partir deste instrumento estratégico, que é o tempo, o Tribunal teria a possibilidade de trazer para si o debate democrático sobre a conformação de emendas à Constituição somente quando julgasse necessário e em momento estratégico, de forma a poder escolher por quanto tempo deixaria a política viger.

7. Bibliografia

ARANTES, Rogério R. e Couto, Cláudio C., " *Constituição, Governo e Democracia no Brasil*" in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 21, 2006.

_____, " *Constituição ou políticas públicas?: a análise dos anos FHC*" in *F.L. Abrucio, M.R.L.Durand, O Estado numa era de reforma: os anos FHC*, Enap, 2002.

BUCCI, Maria Paula D., " *Políticas Públicas e Direito Administrativo*", São Paulo, 2002.

COUTO, Cláudio C., " *O avesso do avesso – conjuntura e estrutura na recente agenda política brasileira*" in *São Paulo em perspectiva*, vol. 15, 2001.

DIMOULIS, Dimitri e Lunardi, Soraia " *O poder de definição da pauta no Supremo Tribunal Federal. Reflexões sobre um caso de configuração autocriativa do processo objetivo*", SBDP, 2008.

MENDES, Conrado H., " *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*", tese de doutorado apresentada ao Departamento de Ciência política da USP em 2008.

PERTENCE, Sepúlveda., " *O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais: crônica de jurisprudência*" in *Revista eletrônica de direito do estado*, nº9, 2007.

ROSILHO, André J., " *O perfil das associações de classe no controle constitucional de emendas constitucionais*", Monografia apresentada à SBDP, 2007.

TAYLOR, Mathew M., " *O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil*" in *Revista de Ciências Sociais - DADOS*, vol. 50, nº 2, Rio de Janeiro, 2007.

TAYLOR, Mathew M. e Da Ros, Luciano, "Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política" in *Revista de Ciências Sociais – DADOS*, Rio de Janeiro, vol. 51, nº 4, 2008.

VIANNA, Luiz W. *et alli*, "Judicialização da política e das relações sociais no Brasil, Revan, Rio de Janeiro, 1999.

VIEIRA, Oscar V., "Fraude Constitucional" in *O Neófito – informativo jurídico*. (artigo retirado do site: www.neofito.com.br).

_____, "Supremocracia" in *Revista de Direito GV*, vol. 8, São Paulo, 2008.

8. Anexos

8.1. Anexo 1 – Tabela de ADIs: resultado, matéria e tempo.

Nº da ADI	Tipo de decisão	Tema da ADI	Tempo da proposição da ação até seu julgamento	Relação com outras ADIs
1420	MC indeferida-DD prejudicada por perda do objeto.	Organização da Administração Pública – FSE (EC nº 10-96)	2 meses e 9 dias para a cautelar e 6 anos, 1 mês e 3 dias para a definitiva	Nenhuma.
1497	MC indeferida, mas foi declarada prejudicada por perda do objeto, qual seja o surgimento das EC nº 21 e 37.	Tributário – CPMF (EC nº 12-96)	1 mês e 7 dias para a cautelar; 7 anos, 1 mês e 28 dias para a definitiva.	ADI 1501, mesma temática, mesma decisão tanto em sede cautelar, como em definitiva e mesmo artigo impugnado.
1501	Prejudicada pelo julgamento da ADI 1497.	Idem item acima.	7 anos e 7 dias para a definitiva	ADI 1497.
1749	Não conhecida	Organização da Administração Pública – regulamentação de orçamento para educação (EC nº 14-96)	1 ano, 11 meses e 15 dias para a definitiva.	ADI 1967, mesma temática, mesma decisão e mesmo artigo impugnado. Está apensada à esta.
1805	ADI conhecida em parte, sendo que na parte conhecida a MC foi indeferida	Processo eleitoral – reeleição (EC nº 16-97).	8 dias para a cautelar.	Nenhuma.
1946	MC deferida. DD - Parcialmente procedente.	Previdência Social (EC nº 20-98)	3 meses e 8 dias para a cautelar e 4 anos, 2 meses e 13 dias para Definitiva.	Nenhuma.
1967	Não conhecida.	Organização da	8 meses e 10 dias para a definitiva.	ADI 1749.

		Administração Pública (EC nº 14-96).		
2024	MC indeferida. DD – Improcedente.	Previdência Social (EC nº20-98)	3 meses e 25 dias para a cautelar e 7 anos e 10 meses para definitiva.	Nenhuma.
2025	MC indeferida pelo presidente. DD – não conhecida pelo pleno	Tributário – CPMF (EC nº 21-99).	1 dia para cautelar. 1 mês e 5 dias para a definitiva	ADIs 2027 e 2031, mesma temática e mesmo artigo impugnado.
2027	Prejudicada – DD - julgamento da ADI 2031.	Idem item acima.	4 anos, 4 meses e 12 dias para a definitiva.	ADIs 2031 e 2025.
2031	MC deferida em parte. DD - Parcialmente procedente.	Tributário – CPMF (EC nº 21-98)	2 meses e 14 dias para cautelar e 3 anos, 2 meses e 18 dias para definitiva.	ADIs 2025 e 2027.
2033	Sem decisão	Previdência Social (EC nº20-98)	Proposta há mais de 10 anos e 3 meses.	Nenhuma.
2046	Prejudicada – decisão da MC da ADI 2135.	Organização da Administração Pública – (EC nº 19-98).	2 anos e 15 dias para a definitiva.	ADIs 2047 e 2135.
2047	Prejudicada – decisão da MC da ADI 2135.	Organização da Administração Pública – (EC nº 19-98).	2 meses e 20 dias para a definitiva.	ADIs 2046 e 2031.
2055	Prejudicada pelo julgamento da ADI 2024.	Previdência social – (EC nº 20-98)	1 ano e 9 meses para a definitiva.	ADI 2024.
2096	Sem decisão	Previdência social (EC nº20-98)	Proposta há quase 10 anos.	Nenhuma.
2135	MC deferida em parte.	Organização da Administração Pública (EC nº19-98)	7 anos e 6 meses para cautelar.	ADIs 2046 e 2047.
2199	Sem decisão.	Organização da	Proposta há mais de 9 anos, 11	Nenhuma.

		Administração Pública – transferência de recursos de tributos (EC 27-00).	meses e 18 dias.	
2242	Não conhecida.	Previdência social (EC nº 20-98)	7 meses para a definitiva.	Nenhuma.
2356	Sem decisão.	Organização da Administração Pública – pagamento de precatórios (EC 30-00)	Proposta há mais de 8 anos e 11 meses.	ADI 2362, mesma temática, mesmo artigo impugnado.
2362	Sem decisão.	Idem item acima.	Proposta há mais de 8 anos e 10 meses.	ADI 2356.
2395	Improcedente – DD	Organização da Administração Pública (EC nº15-96)	6 anos, 3 meses e 10 dias para definitiva.	Nenhuma.
2666	Improcedente – DD	Tributário – CPMF (EC nº 37-02)	3 meses e 20 dias para a definitiva.	ADI 2673, mesma temática, mesma decisão e mesmo artigo impugnado.
2673	Improcedente – DD	Tributário – CPMF (EC nº 37-02)	3 meses e 16 dias para a definitiva.	ADI 2666.
2732	Sem decisão.	Tributário – IPTU progressividade (EC 29-00)	Proposta há mais de 6 anos e 11 meses.	Nenhuma.
2760	Não conhecida.	Previdência social (EC 20-98).	3 anos, 9 meses e 10 dias para a definitiva.	Nenhuma.
2883	Não conhecida.	Previdência social (EC 20-98)	3 anos, 3 meses e 24 dias para a definitiva.	Nenhuma.
3099	Prejudicada pelo julgamento das ADIs 3105 e 3128.	Previdência Social (EC 41-03).	2 anos, 3 meses e 13 dias para a definitiva.	ADIs 3105 e 3128.
3104	Improcedente – DD	Previdência Social (EC	3 anos, 9 meses e 26 dias para a	Nenhuma.

		41-03)	definitiva.	
3105	Parcialmente procedente – DD	Previdência Social (EC 41-03)	7 meses e 23 dias para definitiva.	ADI 3128, mesma temática, mesma decisão (apensadas) e mesmo artigo impugnado.
3128	Idem item acima.	Idem item acima.	Idem item acima.	ADI 3105.
3133	Sem decisão.	Previdência Social (EC 41-03)	Proposta há mais de 5 anos e 8 meses.	Nenhuma.
3138	Sem decisão.	Previdência Social (EC 41-03)	Proposta há mais de 5 anos e 8 meses.	Nenhuma.
3143	Sem decisão.	Previdência Social (EC 41-03)	Proposta há mais de 5 anos e 8 meses.	Nenhuma.
3172	Sem decisão.	Previdência Social (EC 41-03)	Proposta há mais de 5 anos e 7 meses.	ADI 3184, mesma temática e mesmo artigo impugnado.
3184	Sem decisão.	Previdência Social (EC 41-03)	Proposta há mais de 5 anos e 6 meses.	ADI 3172.
3297	Sem decisão.	Previdência Social (EC 41-03)	Proposta há 5 anos e 2 meses.	Nenhuma.
3308	Sem decisão.	Previdência Social (EC 20-98)	Proposta há 5 anos e 1 mês.	Nenhuma.
3363	Sem decisão.	Previdência Social (EC 20-98 e 41-03)	Proposta há mais de 4 anos e 10 meses.	Nenhuma.
3367	Improcedente – DD	Organização da Administração Pública – CNJ (EC nº 45-04)	4 meses e 4 dias para definitiva.	Nenhuma.
3392	Sem decisão.	Novo Processo (EC nº45-04)	Proposta há mais de 4 anos e 8 meses.	ADIs 3431, 3432 e 3653, mesma temática e mesmo artigo impugnado.
3395	MC deferida	Organização da Administração Pública (EC nº 45-04).	1 ano, 2 meses e 10 dias para cautelar.	ADI 3529 está apensada.
3431	Sem decisão.	Novo Processo	Proposta há mais de 4 anos e 7	ADIs 3392, 3432 e 3653.

		(EC nº45-04)	meses.	
3432	Sem decisão.	Novo processo (EC nº45-04)	Proposta há mais de 4 anos e 7 meses.	ADIs 3392, 3431 e 3653.
3472	MC deferida	Organização da Administração Pública (EC nº45-04)	10 meses e 23 dias para cautelar.	Nenhuma.
3486	Sem decisão.	Organização da Administração Pública (EC nº45-04)	Proposta há mais de 4 anos e 5 meses.	ADI 3493 está apensada.
3493	Idem item acima.	Idem item acima.	Idem item acima.	Apensada a ADI 3486.
3520	Sem decisão.	Organização da Administração Pública (EC nº45-04)	Proposta há mais de 4 anos e 4 meses.	Nenhuma.
3653	Sem decisão.	Novo Processo (EC nº45-04)	Proposta há mais de 3 anos e 8 meses.	ADIs 3392, 3431 e 3432.
3684	MC deferida	Organização da Administração Pública (EC nº45-04)	1 ano e 20 dias para cautelar.	Nenhuma.
3685	Procedente – DD	Processo eleitoral – verticalização (EC nº52-06)	14 dias para definitiva (julgamento recorde).	Nenhuma.
3800	Sem decisão.	Tributário (EC nº33-01)	Proposta há mais de 3 anos e 1 mês.	Nenhuma.
3854	MC deferida	Organização da Administração Pública (EC nº45-04)	21 dias para cautelar.	ADIs 3855, 3872 e 4014 estão apensadas. Mesmos artigos impugnados.
3855	Apensada à 3854, esperando decisão definitiva.	Idem item acima.	Proposta há mais de 2 anos e 8 meses.	ADIs 3854, 3872 e 4014.
3872	Idem acima.	Idem acima.	Proposta há mais de 2 anos e 7 meses.	ADIs 3854, 3855 e 4014.
3998	Sem decisão.	Previdência Social (EC	Proposta há mais de 1 ano e 10	Nenhuma.

		41-03 e 47-05)	meses.	
4014	Apensada à 3854, esperando decisão definitiva.	Organização da Administração Pública (EC nº45-04)	Proposta há mais de 1 ano e 8 meses.	ADIs 3854, 3855 e 3872.
4282	Sem decisão.	Organização da Administração Pública (EC nº45-04)	Proposta há 2 meses e 11 dias.	Nenhuma.

8.2. Anexo 2 – Resumo das ADIs analisadas qualitativamente.

Somente foram consideradas nesta análise as ações que possuíam decisão, tanto em sede definitiva quanto cautelar, e que foram conhecidas e não estavam prejudicadas, salvo aquelas que tiveram suas cautelares decididas e depois foram declaradas prejudicadas por perda de objeto. Nestes casos será feita análise da cautelar.

O banco de dados dessa análise, portanto, conta com 19 decisões, sendo 8 em sede cautelar e 11 em sede definitiva (excepcionalmente serão analisadas as cautelares das ADIs 1420 e 1497 que foram declaradas como prejudicadas em sede definitiva).

A organização desses dados se deu em função da ordem cronológica de proposição das ADIs e não da ordem de julgamento das mesmas. É importante este esclarecimento devido ao fato de que, como observado nos capítulos pertencentes à análise quantitativa das ações, não existe uma pauta de julgamento linear dessas ações, o que faz com que algumas ações propostas posteriormente a outras sejam julgadas primeiro que estas.

ADI 1420 (MC)

Relator: Néri da Silveira

Requerente: PL – Partido Liberal

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: MC indeferida – DD Prejudicada

Data de proposição: 17\05\96

Nº de páginas: 27

Resumo do caso e dispositivos impugnados: São Impugnados os artigos 1º e 2º da EC 10-96 que modificaram a redação dos artigos 71, § 2º, e 72, incisos III e V, do ADCT de 1988. A emenda modificou o tempo de vigência do Fundo Social de Emergência, prorrogando-o e mudando sua denominação para Fundo de Estabilização Fiscal. O que ocorre com a existência deste fundo, é seu objetivo inicial seria sanear a Fazenda Pública Federal e estabilizar a economia na vigência do Plano Real, a União repassava esses recursos normalmente para estados, Distrito Federal, municípios e outras fontes, tais como: impostos, taxas e etc. As disposições constitucionais acerca do referido Fundo, garante descumprimento "autorizado" do repasse de recursos para o Fundo de Participação dos estados e Distrito Federal e do Fundo de Participação dos municípios.

O que se questiona pelos autores é o fato de ter sido prorrogado o tempo de vigência de tal fundo, após este já ter se extinguido, fato que faria com que a emenda retroagisse em seus efeitos, ferindo direito adquirido dos estados e municípios em receber novamente recursos do Fundo de Participação dos estados ou do dos municípios.

O Objetivo da ADI seria de manter a lisura e autoridade da CF, pois com a referida emenda teríamos graves contradições com os princípios da publicidade, transparência dos atos públicos, segurança jurídica, além de prejudicar o direito adquirido.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia: O voto do relator trata da questão da extensão das cláusulas pétreas, mais precisamente do § 4º, IV, do artigo 60, afirmando que este parágrafo não se restringe somente ao disposto no artigo 5º da CF. (pg. 16).

Maurício Corrêa em seu voto ressalta a questão dos custos fáticos da decisão deixando para apreciar a questão mais profundamente no mérito, motivo pelo qual indefere a cautelar.

Observações relevantes para o trabalho: Os argumentos do relator para o indeferimento se baseiam na falta de estabelecimento entre a violação do art. 5º e a conseqüente violação de cláusulas pétreas pelos autores na inicial, e no fato de que como a EC 1 não foi declarada inconstitucional e

continha o mesmo problema, se utiliza deste precedente para não declarar a inconstitucionalidade da EC 10 (pgs. 23 e 24).

Outra observação seria quanto à decisão do min. Maurício, na qual é falado que não se decidiria agora, indeferindo a cautelar, para se decidir posteriormente, só que a ação perdeu seu objeto e muitos anos depois, após ter isso acontecido é que foi julgada prejudicada.

ADI 1497 MC

Relator: Marco Aurélio

Requerente: CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: MC indeferida – DD Prejudicada

Data de proposição: 09\10\96

Nº de páginas: 72

Resumo do caso e dispositivos impugnados: è impugnada a EC 12-96 que incluiu o artigo 74 do ADCT de 1988, criando a CPMF (contribuição provisória sobre movimentações financeiras).

Os autores alegam violação aos artigos 154, inciso I e 153, § 5º, que seriam garantias fundamentais, ferindo as limitações ao constituinte derivado dispostas no artigo 60, § 4º, da CF.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia: O relator levanta a questão da separação dos poderes ao falar sobre freios e contrapesos, evidenciando o papel político e de responsabilidade que tem o Judiciário na democracia (pg. 12). Também, nesta mesma página, afirma que a falha de uma instituição provoca maior desgaste para outra.

O Min. Carlos Velloso, em seu voto, evoca a questão da definição do que são garantias fundamentais, afirmando que seriam somente àqueles que se desdobrassem do art. 5º. Às páginas 33, afirma que o detalhismo da CF ao postular muitos direitos fundamentais gera dúvidas de quais seriam

realmente essenciais. Conclui que existe uma gradação entre direitos fundamentais formais e materiais estabelecendo uma hierarquia entre eles.

Moreira Alves, em seu voto, atenta para o perigo da construção de Carlos Velloso que diferencia princípios fundamentais de outros que seriam mais fundamentais.

Observações relevantes para o trabalho: O fato de o legislador se utilizar da via de emenda para definir determinadas políticas poderia, num amplo grau de análise, dificultar a declaração de inconstitucionalidade destas pelo STF, se restringindo somente às disposições das cláusulas pétreas. Poderia ser encarada tal estratégia como uma forma de fazer prevalecer sua vontade, em detrimento da coerência constitucional.

ADI 1501 MC

Relator: Marco Aurélio

Requerente: Confederação nacional dos Dirigentes Logistas

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: MC indeferida

Data de proposição: 09\10\96

Nº de páginas: 44

Resumo do caso e dispositivos impugnados: impugnação da EC 12-96 (CPMF), alegação de ofensa à direitos fundamentais devido á bitributação ou cumulatividade de tributos.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia: Mesma questão e argumentos da ADI 1497.

Observações relevantes para o trabalho: Sem observações.

ADI 1805 MC

Relator: Néri da Silveira

Requerente: PDT, PT, PCdoB e PL

Requerido: Presidente da República, Mesa dos Deputados, Mesa do Senado e TSE

Resultado: MC indeferida na parte em que foi conhecida

Data de proposição: 26\03\98

Nº de páginas: 120

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugnam o artigo 14, § 5º, da CF, que teve sua redação modificada pela EC 16-97, que estabeleceu a possibilidade de reeleição por mais um mandato.

Apontam violação ao artigo 1º, V, que trata de pluralismo político, ao art. 5º, LV (devido processo legal), ao § 2º deste mesmo artigo, ao art. 14, § 6º, que dispõe que deveria haver renúncia do mandato para que posteriormente se candidatasse a outros cargos, bem como aos § 7º e 9º deste mesmo artigo, ao artigo 17 e 37, todos da CF. Também alega, como conseqüência, ofensa ao art. 60, § 4º, IV, da CF. Não impugnam a reeleição em si, mas apenas os meios em que esta poderá se dar pedindo interpretação conforme.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia: O relator afirma que existiriam entraves em se conceder a interpretação conforme, pois contrariaria a vontade do legislador que se expressou literalmente na emenda. Também às pgs. 72, afirma que após amplo debate desenvolvido no Congresso acerca da questão, aos parlamentares estaria reservado tal juízo político que seria soberano. Às pgs. 89, o Ministro novamente discute seu papel, frente à decisão de um órgão majoritário, por poder controlar os passos do constituinte reformador e o faz novamente às pgs. 97. Outrossim, descaracteriza a utilização do princípio da proporcionalidade pelos autores, dizendo que este somente se aplicaria á questões em que houvesse restrição á direitos fundamentais, sendo que a emenda viria a revogar regra restritiva, aumentando a amplitude de direitos políticos, não sendo desproporcional.

Carlos Velloso, em seu sucinto voto, ressalta a questão de legitimidade do tribunal em contrariar a decisão política do legislador.

Observações relevantes para o trabalho: Esta ação representa discussões acerca do processo eleitoral, tema que é muito sensível aos parlamentares e aos pretensos candidatos políticos, de forma que existe grande necessidade de forte argumentação ou motivos reais, aqui considerados como inconstitucionalidade e danos potenciais flagrantes, para que se defira a cautelar ou se declare a ação procedente. Os Ministros reconhecem essas limitações à sua função, de forma que aludem a esta questão nos votos.

ADI 1946

Relator: Sydney Sanches

Requerente: PSB

Requerido: Mesas dos Deputados e do Senado e Ministro do Estado da Previdência e da Assistência Social

Resultado: Parcialmente procedente – MC anteriormente deferida.

Data de proposição: 21\01\98

Nº de páginas: 14

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugna-se o artigo 201, II, da CF, cuja redação foi modificada pela EC 20-98, que modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. O artigo impugnado incorporou à licença gestante ao sistema de previdência, de forma que a EC limitou o valor máximo mensal deste benefício em R\$ 1.200,00, sendo que o restante deveria ser completado pelos empregadores.

Tal disposição, segundo os autores, feriria a igualdade entre os sexos prevista no art. 5º, sendo que caso a emenda vigesse o empregador passaria automaticamente a preferir empregar pessoas do sexo masculino,

por ser mais barato, gerando um discrimen. Portanto, pedem interpretação conforme para que seja excluída a limitação do valor do salário maternidade.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia:

Nenhuma claramente.

Observações relevantes para o trabalho: Nessa decisão ao serem sopesados os custos de uma decisão favorável aos autores para a administração e para o setor feminino da sociedade civil, fica claro que o prejuízo para a sociedade é muito maior. Este sopesamento de interesses legitima a intervenção do STF frente uma política governamental do Legislativo. Houve maior cuidado na proteção dos direitos individuais das mulheres, já que se lesados trariam maiores danos às mulheres do que aos cofres da previdência.

ADI 2024

Relator: Sepúlveda Pertence

Requerente: Governador do Mato Grosso do Sul

Requerido: Congresso Nacional

Data de proposição: 02\07\99

Resultado: Improcedente – MC anteriormente indeferida.

Nº de páginas: 16

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugna-se o artigo 40, § 13º, da CF, cuja redação foi modificada pela EC 20-98. Os autores afirmam que a modificação fere o sistema federativo, ao interferir na autonomia dos estados qualificando-os como contribuintes obrigatórios da previdência. Esta ação já teve sua cautelar indeferida.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia:

Ementa da MC que foi citada trata do fato de que as cláusulas pétreas

somente visam proteger o núcleo essencial dos princípios, de forma que a EC 20 não teria abolido o sistema federativo e nem sequer o havia afetado.

Observações relevantes para o trabalho: Nenhuma relevante.

ADI 2031

Relator: Octávio Galloti

Requerente: PT

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: Deferida em parte

Data de proposição: 29\09\99

Nº de páginas: 54

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugna-se a redação do artigo 75 do ADCT, incluída pela EC 21-99 que prorrogou a CPMF por mais 36 meses, bem como majorou a alíquota.

O autor alega inconstitucionalidade formal devido a vício na aprovação no Congresso, contrariando o art. 60, §2º, da CF. Ademais, a CPMF já havia perdido sua eficácia na época da promulgação da emenda, de forma que não poderia ter sido prorrogada, contendo vício quanto à legalidade, disposta no artigo 150, I, da CF, que seria garantia fundamental do contribuinte, ofendendo cláusulas pétreas.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia:

Nelson Jobim, em seu voto, faz retrospecto e diferenciação entre destaque de votação em separado (DVS) e destaque supressivo (DS), para argumentar segundo a lógica legislativa a favor do vício formal, o que é interessante, pois mostra esforço por parte do Ministro em transplantar a inteligência do processo democrático para o tribunal compreendê-lo melhor. É seguido por Maurício Corrêa, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Carlos Velloso, sendo o voto condutor da ação.

Marco Aurélio, em seu voto, evoca o fato de alargar-se demais a CF para a consolidação de interesses sem consultar princípios da mesma, considerando o tributo perverso e descabido. (pg. 36).

Observações relevantes para o trabalho: É a primeira vez em que se vê transplantada a lógica legislativa para o âmbito do Judiciário, sendo analisado o processo de decidibilidade dos congressistas mais a fundo.

ADI 2135 MC

Relator: Ellen Gracie

Requerente: PT, PDT, PCdoB e PSB

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: MC deferida em parte.

Data de proposição: 02\02\99

Nº de páginas: 145

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugnam-se a EC 19-98, alegando haver vício formal na sua aprovação, havendo violação ao artigo 60, § 2º, da CF. A emenda modificava o regime de servidores públicos e agentes políticos transformando-o em não mais único. Alega-se que foi destacada para votação em separado parte da emenda a respeito da modificação do regime, parte que não teria obtido quórum para aprovação. No entanto, teria o relator incluído modificações substanciais na emenda posteriormente, mudando seu sentido e mantendo a modificação do regime, sem que a redação final passasse pelo crivo do Congresso.

Além das questões formais, a partir da modificação dos artigos 37, 39 e 135 da CF, teria o Congresso violado direitos fundamentais e cláusulas pétreas, infringindo o princípio da isonomia ao diferenciar vencimentos para cargos iguais ou assemelhados.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia: Na pg. 20 do acórdão, é evidenciado que as conseqüências do ocorrido seriam

corriqueiras, não fosse a matéria destacada relativa a um dos pilares da Reforma administrativa proposta pelo governo FHC. As lideranças governistas se empenharam em neutralizar a derrota sofrida em plenário por meio da transposição do § 2º do artigo rejeitado no destaque para o caput do novo artigo.

De outro lado, uma das impugnações dos autores é relativa ao art. 37, que trocou a expressão “qualidade do serviço prestado” por “e eficiência”, sem que houvesse aprovação do Congresso para tal alteração. O princípio da eficiência corresponderia à economicidade, sendo que FHC estaria tentando implementar a chamada “administração gerencial” que visaria a diminuição de gastos públicos, mesmo que isso determinasse a extinção de órgãos e entidades públicos, de forma que fica clara a oposição da própria oposição a tal política tentando sua não implementação por meio da ADI.

Nelson Jobim após pedir vista dos autos profere seu voto alegando a não ocorrência de vício formal na modificação introduzida pelo relator, fazendo longa explanação a respeito da lógica da votação dos destaques que não necessitariam de quórum qualificado, bastando a aprovação por maioria simples, uma vez que o critério seria majoritário, o qual é legítimo ao sistema democrático, e não o instrumento que se tentou na ADI, o qual seja decisão judicial interventiva do processo legislativo (pg. 93).

Também afirma na pg. 98 que: “A solução da questão envolve também a percepção da dinâmica própria do embate de forças políticas no âmbito do CN”. A dinâmica política de deliberação tem por base apenas o juízo democrático, ou seja, embate entre maioria e minoria. Alega ainda que a única forma de se modificar a decisão de mudança de regime dos servidores seria expurgar o art. 39 por completo e não apenas uma parte. A modificação trazida no destaque, que apenas tange a modificações pontuais não seguiria a mesma lógica de deliberação de maioria qualificada que aprova modificações estruturais ao aprovar a emenda.

Outro detalhe relevante do acórdão é a observação trazida por Marco Aurélio às fls. 135: “Penso que podemos deixar para refletir um pouco mais sobre a questão depois de uma acomodação, até pelo Estado, no

juízo definitivo. Que demonstra a utilização do tempo pelo tribunal para diminuir as dúvidas e os custos da decisão após amadurecimento da questão e do tribunal sobre ela.

Por fim, a maioria do pleno ficou do lado de Néri da Silveira, que deferiu a cautelar em parte devido a vício formal na votação da emenda.

Observações relevantes para o trabalho: Nota-se primeiramente grande interesse da oposição, que perdeu no Congresso, em reformar a decisão tomada no Legislativo em sede democrática. A ação também traz a forte insatisfação destes partidos quanto a política em vias de ser implementada pelo governo FHC, que tenta uma reforma administrativa. O fato evidencia jogo político entre os partidos de oposição que transcende as discussões em sede legislativa, chamando o Judiciário para intervir na questão, buscando a defesa de seus próprios interesses. O Judiciário então se torna nesse caso centro de confluência de desacordos políticos mais ligados ao programa de governo do Presidente, do que necessariamente com a inconstitucionalidade da questão.

Nelson Jobim entende esta questão de jogo de forças político-partidárias e elucida a transposição da discussão, evidenciando cautela em se meter na questão ao entender que se trata simplesmente de uma tentativa via Judiciário de contornar decisão desfavorável aos partidos autores, que perderam em decisão democrática, ou seja, há a busca do tribunal como “última saída”, entretanto, não se mostra o tribunal com tamanha legitimidade e força política para fazê-lo, sendo que a possibilidade de uma decisão estranha e incoerente que favoreça estes partidos opositores seria perigosa para a democracia, no sentido de que abre precedente para que situações semelhantes sejam propostas.

ADI 2395

Relator: Gilmar Mendes

Requerente: Mesa da Assembléia Legislativa do RS

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: Improcedente

Data de proposição: 01\02\01

Nº de páginas: 46

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugnam os autores a EC 15-96 que modificou a redação do art. 18, §4º, da CF. Afirmam ter havido violação a forma federativa por conta da emenda ter disposto que a fusão, incorporação e desmembramento dos municípios passar a se dar por meio de lei federal e não de lei estadual, ferindo cláusula pétrea, ou seja, o art. 60, §4º, I, da CF.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia: O relator, primeiramente, suscita o fato de grande utilização da via jurisdicional constitucional em face do constituinte derivado, mesmo porque muitas reformas à CF haviam sido realizadas, sendo a impugnação de emendas algo corrente no STF. Traz a questão de que talvez a amplitude normativa das cláusulas pétreas possa ter tornado o controle de constitucionalidade de emendas uma atividade recorrente. Isso não quer dizer que a corte vem se sobrepondo ao legislador democrático, mas apenas vem esta deixando claro que os limites materiais não impedem toda e qualquer modificação, mas apenas aquelas que venham a ferir o núcleo essencial dessas cláusulas.

Ademais, continua ao citar Carl Shmitt, afirmando que limitações à reformas devem ser entendidas a partir da diferença entre revisão e abolição da CF, sendo que a revisão não poderia de modo algum afetar a continuidade e a identidade histórica da Constituição, pois caso isso ocorresse se estaria presente de uma erosão da ordem constitucional estabelecida, gerando a destruição da CF. Propõe, assim, um meio termo de interpretação de cláusulas pétreas, no qual se levaria em consideração a preservação do núcleo essencial dos direitos protegidos em conjunto com uma interpretação não ortodoxa da CF, para que esta não fique tão presa a ponto de gerar uma ruptura no sistema devido a sua não adequação às mudanças necessárias.

Justifica a improcedência por meio da remição ao fato de que quando o poder estava nas mãos dos estados membros estava havendo proliferação de municípios por conta de interesses eleitoreiros. Há aqui uma confrontação entre a restrição da autonomia dos estados e interesses coletivos que não condizem com casuísmos dos políticos intencionados em ampliar seu campo de atuação, motivo pelo qual ao serem pesados (lógica da balança) estes fatores, se opta por aquele que traria menos danos e que representaria uma decisão mais coerente por parte do tribunal. O relator é seguido por todos os Ministros que votaram exceto por Marco Aurélio.

Observações relevantes para o trabalho: Gilmar Mendes tenta estabelecer racionalidade para a interpretação das cláusulas pétreas, asserção seguida por Celso de Mello.

No caso em si, existe a contraposição entre limitação à autonomia dos estados e abusos dessa anterior autonomia, sendo que em tese estaria prevalecendo a medida que fosse mais saudável à democracia e a coibição de violações à uma Administração correta e coerente que não traga desvios. No caso, o caminho mais fácil para atingir o objetivo traçado, seria a centralização, bem como a concordância da corte com esta centralização.

ADI 2666

Relator: Ellen Gracie

Requerente: PSL (Partido Social Liberal)

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: Improcedente

Data de proposição: 13\06\02

Nº de páginas: 13

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugna-se o art. 3º da EC 37-02, que prorrogou a CPMF ao acrescentar os arts. 84 e 85 ao ADCT.

Alegam vício formal por ter sido suprimida no Senado, após aprovação nos dois turnos, a aplicação do §2º, do art. 195 da CF (regra nonagesimal para tributos). No plano material, afirmam que a exclusão da aplicação desse artigo feriria direito fundamental do contribuinte, ferindo cláusulas pétreas. Requer ainda, que seja declarada a inconstitucionalidade dos arts. 74, 75 e 80 do ADCT.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia:

Apesar de todos os votos terem seguido a relatora no sentido de julgar a ação improcedente, Ilmar Galvão ressalta o fato de incoerência da CPMF, que tributa fato econômico não suscetível de tributação por não gerar riqueza, e que, apesar de ser denominada provisória, foi sucessivamente prorrogada.

Observações relevantes para o trabalho: Não seria o caso do STF mudar sua interpretação quanto a esta contribuição e barrar o abuso do constituinte derivado?

ADI 2673

Relator: Ellen Gracie

Requerente: PSB (Partido Socialista Brasileiro)

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: Improcedente

Data de proposição: 17\06\02

Nº de páginas: 13

Resumo do caso e dispositivos impugnados: EC 37-02, CPMF, arts. 84 e 85 do ADCT.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia: Idem ADI 2666.

Observações relevantes para o trabalho: Idem ADI 2666.

ADI 3104

Relator: Cármen Lúcia

Requerente: CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: Improcedente

Data de proposição: 31\12\03

Nº de páginas: 51

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugnam os autores o art. 2º e a expressão “8º”, ambos do art. 10 da EC 41-03. Afirmam que a emenda feria direito adquirido dos servidores efetivos (art. 5º), ferindo cláusula pétrea da CF, por modificar regime previdenciário desses servidores, que já pagavam contribuição sob a égide de outro regime e não terão mais a possibilidade de usufruir do mesmo que era mais benéfico.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia: Cezar Peluso levanta a questão da crise do sistema previdenciário, que leva a diversas modificações legislativas a cada mudança de governo e que não são resolvidas o problema. Não reconhece direito adquirido para regime previdenciário, o qual somente existiria caso se preenchessem todos os requisitos para aposentadoria. Este Ministro, em debate neste acórdão, lembra que devem ser avaliados o custo da mudança e a viabilidade econômica das prestações estatais.

Marco Aurélio, em seu voto, observa que a CF é constantemente emendada e que a legislação brasileira sempre sofre mudanças quando novo presidente chega ao poder, por achar que ali estão os problemas. O que precisamos é de homens públicos que observem o ordenamento em vigor. Pg. 42: boa sugestão para prólogo. Evoca a questão de segurança jurídica, a qual estaria prejudicada e afirma que esta mudança não

necessariamente desafogará a previdência, motivos pelos quais julga procedente o pedido, sendo voto vencido.

Observações relevantes para o trabalho: Percebe-se que além das conceituações à respeito do que seria direito adquirido e de onde este se aplicaria, o argumento de que há uma crise no sistema previdenciário e de que a EC 41 tentaria saná-la é muito presente e forte. Esta constatação se mostra bem quando contrapomos os votos de Cezar e de Marco, na medida em que o primeiro se utiliza do argumento de que a EC poderia aliviar os cofres, julgando improcedente a ADI e na medida em que o segundo se utiliza do argumento de que a mudança impugnada não surtiria efeitos nos cofres, para julgar a ação procedente.

ADI 3105 e 3128

Relator: Cezar Peluso

Requerente: CONAMP

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: Parcialmente procedente

Data de proposição: 31\12\03

Nº de páginas: 327

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugna-se o art. 4º da EC 41-03, que dispõe a respeito da instituição de contribuição previdenciária para servidores públicos inativos, antes ativos sobre a égide de regime estatutário. É alegado violação ao art. 60, §4º, IV, da CF (cláusulas pétreas), por ferir os princípios fundamentais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e violação ao princípio da isonomia tributária, art. 150, III, da CF. ademais, é alegada ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos e proventos, requerendo no mérito a inconstitucionalidade do art. suprareferido da emenda.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia: Esta é uma ação muito relevante para a sociedade, mas também para a modificação estrutural do regime de previdência público e que, por isso, suscitou grandes discussões e posições divergentes entre os Ministros sobre as mesmas questões e tópicos. Passo a expor.

O voto, a meu ver, mais paradigmático é o de Joaquim Barbosa, que constrói raciocínio para dizer que sempre desconfiou da aplicação irrefletida de cláusulas pétreas em uma sociedade com as características da nossa, que se singulariza pelas desigualdades e iniquidades de toda sorte. Vê a teoria de preservação de cláusulas pétreas como uma construção conservadora, antidemocrática e não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer uma abstração de outros valores igualmente protegidos pela CF. Conservadora porque obstaculiza mudanças de desigualdades, antidemocrática porque cria óbices aos representantes de fazerem, de tempo em tempo, adaptações necessárias, sendo que sem estas a CF pode se tornar inócua e incompatível com as necessidades da sociedade. Quanto à questão do direito adquirido, sustenta que aqueles que enquanto ativos não contribuíram, estando em regime de privilégio, não devem ser beneficiados em situações de crise, afinal o sistema passou a ser solidário.

Este Ministro intervém no voto de Carlos Britto, que contesta sua concepção de CPs, para dizer que a questão tratada nos autos é de interesse social e não pode ser tratada somente pelo prisma de dogmas, desse modo, deve a corte exercer juízo de ponderação, para não bastardarizar a CF.

Cezar Peluso, às pgs. 128 e 129, traz questão relevante para o trabalho ao analisar a repercussão da decisão na sociedade, suas conseqüências, alegando ter de haver juízo de ponderação.

Gilmar Mendes, em seu voto, suscita a questão de concepção de cláusulas pétreas afirmando que existem três entendimentos possíveis, a) o dos que as tomam por insuperáveis e imprescindíveis, b) o dos que contestam sua legitimidade e eficácia jurídica e c) o dos que ao admiti-las, as toma por relativas, porventura suscetíveis de duplo processo de revisão.

Ao ver dele, as CPs não se apresentam como óbice aos parlamentares, havendo possibilidade de compatibilidade de determinada alteração com as cláusulas.

Outro voto relevante é o de Celso de Mello que afirma que razões operacionais e de necessidade estatal jamais podem prevalecer sobre direitos individuais e fundamentais. Não devem ser submetidas constituições democráticas a qualquer juízo de oportunidade, muito menos à avaliações discricionárias fundadas em pragmatismo governamental. Entretanto, a CF tem que ter possibilidades de se adaptar ao longo do tempo.

Nelson Jobim, por outro lado, levanta o fato de ter de haver equilíbrio atuarial, segundo o qual o sistema tem que ser auto-sustentável, não podendo o Estado, por conta de privilégios concedidos no passado, subjugar toda uma geração posterior a um déficit irreparável.

Observações relevantes para o trabalho: Neste caso existem interesses igualmente contrastantes dentro da sociedade como um todo, um deles se refere ao direito individual de todos e cada um de não verem seus direitos fundamentais lesados por conta de erros estatais, e de outro lado estão os direitos de toda uma coletividade, que custeia a aposentadoria de inativos públicos que em alguns casos nunca chegaram a contribuir. A questão é complexa e se relaciona com uma crise do sistema previdenciário que é latente e pode trazer danos aos futuros aposentados. Nessa situação, o STF reconhece os direitos e interesses dos dois lados da moeda, mas se vê em situação desconfortável em decidir completamente desfavorável ao Congresso, pois não tem exata dimensão dos efeitos que podem ser trazidos, a longo prazo, por uma decisão que contrarie tal decisão política. Assim, a violação, pelo voto dos Ministros, por vezes é mostrada como flagrante e latente, mas o interesse da sociedade civil compreendida na totalidade dos servidores públicos, hoje contribuintes, não pode ser sacrificado em favor de apenas uma parcela de pessoas. É, por isso, que a meu ver, existe na decisão preocupação em corrigir um problema de isonomia contido na emenda, mas não em excluí-la do ordenamento em sua totalidade, motivo pelo qual foi declarada a ADI parcialmente procedente.

ADI 3367

Relator: Cezar Peluso

Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: Improcedente

Data de proposição: 09\12\04

Nº de páginas: 180

Resumo do caso e dos dispositivos impugnados: É impugnada a EC 45-04, os quais dispõem sobre a criação do CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Os autores alegam que a criação deste órgão feriria a separação dos poderes e a independência destes, ferindo a autonomia do Judiciário, corolário do auto-governo dos tribunais, outra ofensa se daria em relação ao pacto federativo, contrariando os arts. 1º e 2º, da CF, ofendendo cláusulas pétreas.

Alegam também inconstitucionalidade formal na aprovação da emenda.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia: Os autores alegam violação à separação dos poderes por conta do Conselho conter membros de outros poderes e à autonomia por conta da violação desta comprometer a imparcialidade de julgamento dos juízes.

O relator, em seu voto, aduz que a separação dos poderes somente seria violada caso concreta redução de prerrogativas de determinado poder importar em dano ao equilíbrio e estabilidade entre os poderes, mesmo que não gere submissão política. Entretanto, o poder reformador não está completamente vedado a reorganizar instituições. Para sustentar tal ponto, evoca a teoria dos freios e contrapesos, dizendo que quase todas as

constituições democráticas a utilizam, estabelecendo mecanismos de controle mútuo entre os poderes.

Para se entender qual é o modelo de separação de poderes de um país deve-se buscar o disposto em sua CF. O art. 2º estabelece que a CF estabelecerá os limites da independência e harmonia entre os poderes, sendo que a carta também estabelece um sistema de cooperação entre eles. Um órgão de controle interno, como o CNJ, formado por maioria de membros do Judiciário, não feriria esta separação, pois daria maior transparência e gerenciamento ao Judiciário, não tendo porque se cogitar prejudicialidade quanto a atividade do juiz.

Alega que isolar o Judiciário, o afasta do controle popular o que não é bem-vindo para a democracia, devendo-se rever este conceito, para que a própria instituição possa ser melhorada para que renda mais e coíba irresponsabilidades de seus membros. O CNJ é necessário como instrumento de reforma do Poder, sem receio de que venha a representar intimação dos membros do Judiciário.

Quanto à alegação de violação ao pacto federativo, com base no argumento de que o CNJ seria um órgão nacional que controlaria juízes estaduais, esta não se aplica por conta da CF dispor que o Judiciário é uno e indivisível, de forma que nada mais lógico do que a criação de órgão de amplitude geral e nacional.

Outrossim, o CNJ é subordinado à corte, a qual poderá coibir eventuais erros e abusos.

No voto do Min. Eros Grau, uma questão interessante que surge toca na visão que o Min. Tem do próprio papel, pois ele diz que a corte seria um tribunal político, no sentido de prover a viabilidade da polis, por isto, não estaria o tribunal aqui para sacrificar a realidade em benefício de doutrinas, de forma que o significado da CF é produzido pela interpretação contemporaneamente à realidade. E mais, às pgs. 87 diz que não se justifica a alegação de violação à separação dos poderes, mas mesmo que esta ocorresse, ele estaria pronto, sem qualquer temor, para enfrentar reações que viriam. A CF produzida pela corte, na interpretação da referida

emenda, afrontaria a natureza singular do presente. Não dá para se interpretar a CF em favor da magistratura e em desfavor da sociedade e do interesse geral.

Carlos Veloso, na linha de Ellen Gracie e Marco Aurélio, julga procedente a ação, sendo que Carlos argumenta interessantemente. Aduz ser o Judiciário um poder político que agrada e desagrade, sendo que a presença de membros alheios ao Poder, dentro do Conselho, poderia trazer interesses ocultos e prejudiciais para o andamento da máquina. Mas vai além, constando que em debate entre os Ministros, no decorrer de seu voto, afirma que ele, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Mauricio Corrêa, Ellen Gracie e Sepúlveda Pertence, ao serem consultados pelo CN, antes da promulgação, haviam sido contrários a entrada de membros estranhos ao Poder no Conselho, sendo que para ele, a entrada dos não membros feriria a separação dos poderes.

Observações relevantes para o trabalho: Além do fato de ser relevante a preocupação do Judiciário em conceituar e estabelecer o desenho da separação dos poderes à brasileira, o ponto que mais me chamou atenção foi a questão suscitada por Veloso, no qual este mostra a repentina mudança de posição por parte de vários Ministros, que antes eram contra a criação do CNJ com membros de outros poderes e áreas de atuação. Uma hipótese de justificativa para esta mudança poderia ser o reconhecimento de que contrariar a EC, decisão tomada em sede democrática, seria muito onerosa para se sustentar, bem como traria conflito com demais poderes e com a intenção de reforma no Judiciário, o qual se encontra em crise. Mais uma vez a questão da crise e da falta de solução ou de oportunidade do tribunal em propor solução alternativa a determinada crise, leva a corte a decidir de forma a não contrariar a política já delimitada e aprovada.

ADI 3395 e 3329 MCs

Relator: Cezar Peluso

Requerente: AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil e ANAMAGES – Associação Nacional dos Magistrados Estaduais

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: MC deferida

Data de proposição: 25\01\05

Nº de páginas: 45

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugna-se o artigo 1º da EC 45-04, o qual modificou a redação do art. 114, I, da CF. Pede interpretação conforme em face de conflito gerado quanto à competência da Justiça do Trabalho ou Federal para julgar casos de servidores públicos, competência esta que já pertence à Justiça Federal.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia: Nenhuma relevante.

Observações relevantes para o trabalho: A ADI só veio ao STF para esclarecer uma dúvida que estava ocorrendo na prática, sendo que a decisão vem solucionar e pacificar entendimentos derivados da emenda, por isso interpretação conforme.

ADI 3472 MC

Relator: Sepúlveda Pertence

Requerente: CONAMP

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: MC deferida – DD prejudicada por perda do objeto

Data de proposição: 19\04\05

Nº de páginas: 22

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugnam as expressões “e do MP”, “respectivamente” e “ao MP da União”, contidas no art. 5º, §1º, da EC 45-04, Suscita-se inconstitucionalidade formal, por não terem sido as

expressões aprovadas no Congresso, tendo sido introduzidas pelo Senado, após terem sido já votadas no Congresso. Ofensa ao art. 60, §2º da CF.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia:

Nelson Jobim aponta que a inconstitucionalidade poderia ter sido provocada intencionalmente a fim de afastar um mecanismo de controle necessário, mas que teria sido alvo de manobras políticas devido aos conflitos existentes entre o MP estadual e da União.

Observações relevantes para o trabalho: Neste caso, por conta do anteriormente exposto, nota-se que o STF, talvez alvo de interesses políticos, decidiu contrariamente ao que poderia ser politicamente correto e decide constitucionalmente em face da inconstitucionalidade, seguindo sua função.

ADI 3684 MC

Relator: Cezar Peluso

Requerente: Procurador Geral da República

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: MC deferida

Data de proposição:

Nº de páginas: 27

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugna-se o art. 1º, na redação que modificou o art. 114, I, IV e IX, da CF. Alega-se primeiramente inconstitucionalidade formal, por ofensa ao art. 60, §2º, da CF e requer interpretação conforme, como pedido subsidiário, para que se exclua qualquer possibilidade de exercício de jurisdição penal por parte da Justiça do Trabalho, alegando que caso contrário haveria ofensa ao princípio do juiz natural.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia:

Nenhuma relevante.

Observações relevantes para o trabalho: Nenhuma relevante.

ADI 3685

Relator: Ellen Gracie

Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB

Requerido: Congresso Nacional.

Resultado: Procedente

Data de proposição: 09\03\06

Nº de páginas: 176

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugna-se parte do artigo 2º da EC 52-06 que estabelece a liberdade dos partidos políticos em formarem suas coligações, sem necessidade da observância da regra de verticalização, modificando redação do art. 17, §1º, da CF. Entretanto, o dispositivo, promulgado em 2006, determinava a aplicação de seus efeitos para as eleições de 2002. Tal fato afrontaria o art. 16 da CF, pois se entendermos lei como gênero, estaria contrariado o princípio da anualidade para a implementação de mudanças no processo eleitoral. Também estaria ferida a segurança jurídica e o devido processo legal (art. 5º), sendo que todos seriam direitos fundamentais e, portanto, estariam protegidos pelas cláusulas pétreas.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia: Ellen Gracie, em seu voto, levanta a questão de que o artigo 16 estaria na CF justamente para que fossem obstaculizados casuísmos políticos a beira das eleições, que pudessem colocar determinados partidos em situação vantajosa em relação aos outros. De outra forma, também o fato de não haverem surpresas aos eleitores e aos partidos, é que a regra se sustenta, para que o processo eleitoral possa ser mais justo, coerente e equilibrado.

Lewandowski sustenta posição semelhante, afirmando que a parte impugnada da emenda incorreu num desvio de finalidade, se utilizando de um meio aparentemente legal para se atingir um fim ilícito.

Gilmar Mendes faz primeiramente explanação sobre o limite e conteúdo de cláusulas pétreas, para depois entrar no mérito e afirmar haver em casos como este o fator oportunismo, e vai além, no sentido de afirmar que a não observância do artigo 16 traria forte limitação a autonomia partidária, prejudicando as minorias partidárias no estabelecimento de suas estratégias ao longo de jogo democrático pautado pelas regras do processo eleitoral, contrariando a proporcionalidade em sentido estrito e não sendo passível de ser ignorado tal casuísmo.

Observações relevantes para o trabalho: Esta emenda traz um caso de diálogo institucional, que consistiria no fato de que após terem sido decididas Resoluções no TSE que instituíram a regra da verticalização para a formação das coligações entre os partidos, estes insatisfeitos interpuseram ADIs ao STF, as quais não lhe garantiram decisão favorável, fazendo com que consolidassem sua intenção em emenda constitucional.

Por outro lado, é estranho que o erro na data da emenda tenha sido acidental, o que parece é que houve intenção do Legislativo em burlar a regra da verticalização, já em 2006, se utilizando do erro para justificar tal ação. Entretanto, o STF, levando em consideração o interesse de minorias partidárias e dos eleitores, mas mais do que isso, visando coibir o casuísmo partidário exercido por meio de viés democrático, qual seja aprovação de legislação que visa confrontar a CF. Mais ainda, creio que o fato do oportunismo ter sido exercido via emenda, banaliza a CF, rígida, a um juízo de conveniência política na defesa de interesses partidários e não como Carta da República. Emendas deveriam ser editadas para modificações estritamente necessárias e em casos em que a CF se tornasse inócua após certo tempo. Assim, não há justificativa plausível para a emenda que chegou ao STF ter sido editada daquela maneira, sendo que ao serem pesados os interesses dos poderes e da sociedade, os últimos claramente prevaleceram devido ao desvio de finalidade da emenda e aos interesses esdrúxulos que justificaram sua promulgação.

ADI 3854 MC

Relator: Cezar Peluso

Requerente: AMB

Requerido: Congresso Nacional

Resultado: MC deferida

Data de proposição:

Nº de páginas: 62

Resumo do caso e dispositivos impugnados: Impugna-se o art. 1º da EC 41-03, que deu nova redação ao art. 37, IX, da CF, bem como a EC 47-05, as quais estabeleceram um subteto para os magistrados estaduais, menor que o dos magistrados federais. Alega-se violação do princípio da isonomia e da estrutura uma do Poder Judiciário, ambos, cláusulas pétreas.

Presença de respostas às questões propostas na metodologia: Joaquim Barbosa, brevemente em seu voto, evoca a questão de que o controle de emendas deve ser realizado de forma mais cautelosa, principalmente por conta da realidade sócio-econômica brasileira que pode ter motivado tal graduação.

Entretanto, a maioria defere, com base no fato de que não teria havido motivo ou justificativa para a discriminação, sendo que se essa foi feita de forma arbitrária, é inconstitucional, prevalecendo o princípio da igualdade formal para os magistrados em geral.

Observações relevantes para o trabalho: Nenhuma relevante.

