



Gabriel Schroeder de Almeida

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS
CONSTITUCIONAIS:**

**O conceito de cláusula pétrea nos votos dos ministros
do Supremo Tribunal Federal**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob a orientação da
professora Ana Laura
Pereira Barbosa.**

**SÃO PAULO
2019**

Resumo: Esta monografia analisa os argumentos que embasaram as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade material de emendas à Constituição, buscando entender como o conceito de cláusula pétrea aparece de maneira expressa nos votos. O controle material de emendas – com base no que a doutrina chama de “cláusulas pétreas” – pelo STF já foi analisado em pesquisas antigas, que constataram a existência de lacunas nas argumentações dos ministros, tanto em relação à definição dos limites materiais ao poder de reforma constitucional quanto à inclusão de normas constitucionais no rol de cláusulas pétreas. Assim, este trabalho, por meio do estudo dos acórdãos dos nove últimos julgamentos definitivos de ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas constitucionais, demonstra que os dois principais problemas identificados em pesquisas anteriores, já mencionados, se mantêm. No entanto, ele também apresenta algumas definições que os ministros realizam acerca das cláusulas pétreas, especialmente quanto à forma federativa de Estado, prevista no art. 60, § 4º, I. Por meio da leitura desta monografia, é possível entender melhor o cenário jurisprudencial do controle material definitivo de emendas constitucionais nos últimos 13 anos no Brasil, o que permite projetar as fundamentações de decisões semelhantes que venham a ser tomadas em um futuro próximo.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; controle de constitucionalidade; emendas constitucionais; cláusulas pétreas; motivação; separação dos Poderes.

Acórdãos analisados: ADI 2.024, ADI 2.395, ADI 2.732, ADI 2.760, ADI 2.883, ADI 3.104, ADI 3.138, ADI 4.307, ADI 4.357.

Sumário

1. Introdução	4
2. Metodologia	14
2.1. Perguntas de pesquisa	14
2.2. Objeto de pesquisa	18
3. Resultados	23
3.1. Um breve resumo das ações analisadas	24
3.2. Sobre o tratamento das cláusulas pétreas em geral	31
3.2.1. As definições de cláusula pétrea	31
3.2.2. As definições de cada uma das cláusulas pétreas	38
3.3. Sobre a aplicação das cláusulas pétreas	62
3.3.1. As normas constitucionais que são cláusulas pétreas	67
3.3.2. As normas constitucionais que não são cláusulas pétreas	78
3.4. A aplicação de normas constitucionais sem menção expressa a cláusula pétrea	80
4. Conclusão	88
5. Anexos	94
Anexo I	94
Referências	99

1. Introdução

O presente trabalho tem por objeto a atuação do Supremo Tribunal Federal (“STF”) no controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. As emendas constitucionais são o meio pelo qual o Congresso Nacional pode alterar o texto da Constituição Federal, nos limites previstos em seu artigo 60. Esse poder jurídico de alterar a Constituição é o mais elevado, por assim dizer, que o Poder Legislativo federal tem, pois transforma a norma mais importante do direito brasileiro. No entanto, as emendas constitucionais podem ter sua validade questionada no STF. A discussão sobre se o tribunal tem mesmo competência para julgar a constitucionalidade de emendas à Constituição¹ não será encarada neste trabalho. Não só é difícil sustentar que o STF não tem essa prerrogativa², como também é fato que dezenas de ações diretas de inconstitucionalidade que impugnam emendas já foram levadas ao STF³, e que várias alterações da Constituição de 1988 já foram invalidadas pela Corte desde a sua promulgação⁴.

O poder de controlar a validade de emendas constitucionais é um dos mais importantes do Supremo, pois interfere de modo definitivo em alterações da Constituição promovidas pelo Poder Legislativo. Para emendar a Constituição Federal, o Congresso Nacional deve seguir os procedimentos definidos em seu art. 60⁵, e respeitar os limites materiais que ela impõe ao

¹ Ver: ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. O STF e o controle judicial de emendas constitucionais. Belo Horizonte: Letramento, 2019, p. 11-13.

² Ver: *ibid.*, p. 11-13.

³ Por meio de levantamento realizado na aba “Processos” do *site* do Supremo Tribunal Federal no dia 26 de junho de 2019, verifiquei que, desde o início da vigência da Constituição de 1988, 114 ações diretas de inconstitucionalidade questionando emendas constitucionais já haviam sido propostas até a data.

⁴ Das 114 ações diretas de inconstitucionalidade mencionadas na nota de rodapé anterior, 11 já haviam sido declaradas ao menos parcialmente procedentes em julgamento definitivo – até 26 de junho de 2019 –, e mais 14 delas, que ainda não tinham sido julgadas no mérito, haviam sido deferidas, ao menos parcialmente, em julgamento liminar. Essas 25 ações impugnavam 15 diferentes emendas constitucionais, de modo que, até 26 de junho de 2019, o STF já havia invalidado ou suspenso 15 emendas aprovadas pelo Congresso Nacional.

⁵ 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

conteúdo das emendas constitucionais. O problema que este trabalho aborda não é, como foi dito, a possibilidade ou não de as emendas constitucionais serem controladas pelo STF, mas sim a existência ou não de discricionariedade no exercício dessa função de controle pelo tribunal.

Se, por um lado, os limites formais e circunstanciais⁶ podem ser aplicados de forma objetiva num julgamento de constitucionalidade de emenda – bastando que se verifique, por exemplo, se vigia ou não intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa no momento do emendamento –, por outro lado, o controle *material* – isto é, do conteúdo – das emendas constitucionais se baseia em termos menos bem definidos. O art. 60, § 4º, dispõe:

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

.....

§ 4º Não será objeto de deliberação 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”.

A expressão “tendente a abolir” e os incisos listados acima não têm definição objetiva *a priori*. Isso dá ao STF, responsável pelo controle jurisdicional das emendas, uma grande discricionariedade ao decidir ações com esse objeto. Afinal, a Constituição não se estende e não é totalmente clara ao tratar das limitações à sua própria reforma pelo Congresso Nacional.

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.

⁶ Previstos nos incisos do caput do artigo 60 da Constituição e nos parágrafos 1º, 2º, 3º e 5º.

De um lado, a expressão “tendente a abolir” sinaliza que as normas que se relacionam com os incisos não são imutáveis⁷. Uma ideia corrente é a de que as *cláusulas pétreas* – como são chamadas as cláusulas listadas no art. 60, § 4º – protegem “princípios e estruturas essenciais da Constituição”⁸, que não poderiam ser alterados em seu núcleo essencial. É possível perceber que a existência de cláusulas pétreas no direito brasileiro é praticamente inconciliável com a ideia de que elas imobilizam por completo as matérias que protegem, pois isso significaria uma supressão significativa, senão completa, do poder de reforma da Constituição. Sendo assim, resta apenas compreender o instituto dos limites materiais à reforma constitucional como protetor do núcleo essencial de cada um dos incisos listados no art. 60, § 4º. Isso dá espaço a todas as dificuldades inerentes à identificação do conteúdo do *núcleo* de um princípio, que “exige avaliação caso a caso”⁹.

De outro lado, os incisos correspondem a categorias relativamente abertas no plano ideal, assim como em sua aplicação concreta. O inciso II, que petrifica “o voto direto, secreto, universal e periódico” parece ter a redação mais clara, embora seja possível imaginar situações em que mais de uma interpretação dessa cláusula pétrea é possível¹⁰. Os incisos I e III, que petrificam “a forma federativa de Estado” e “a separação dos Poderes”, respectivamente, podem ter seu conteúdo preenchido de diversas maneiras, e é possível incluir neles ou excluir deles uma série de institutos

⁷ NOVELLI, Flávio apud. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 122.

⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 122.

⁹ Ibid., p. 123.

¹⁰ Pode-se questionar: essa cláusula pétrea vedaria a adoção do parlamentarismo como sistema de governo? Afinal, a eleição para a chefia do Executivo deixaria de ser feita diretamente, como é no presidencialismo. E a criação de órgãos governamentais eleitos indiretamente, estaria vedada? As comissões parlamentares, por exemplo, previstas no art. 58 da Constituição, têm poderes próprios, e boa parte das regras sobre sua composição são definidas pelo Regimento Interno das Casas Legislativas. Seria possível criar órgãos parecidos com as comissões, com membros eleitos indiretamente? O sentido de voto universal também pode ser disputado: no passado, ele dizia respeito a riqueza, significando que não haveria discriminação por renda ou patrimônio na concessão do direito ao voto. No entanto, já se falava em voto universal quando mulheres eram proibidas de votar. Isso significaria que o voto feminino não estaria protegido por essa cláusula pétrea? Ainda, a periodicidade do voto, aparentemente, pode ser relativizada em algumas situações, talvez sem ferir o inciso II do § 4º do art. 60. Hoje, por exemplo, os senadores têm oito anos de mandato. Seria possível estender o mandato para dez anos? Ou 12? E qual o limite dos mandatos presidenciais ou dos deputados? Não há, aqui, definição *a priori* sobre o espaço em que o poder de reforma pode atuar.

constitucionais. No caso da forma federativa de Estado, por exemplo, não se pode imaginar que a transferência de competências de uma esfera para outra seja sempre inconstitucional, mas é preciso definir um limite para essas alterações¹¹. O mesmo vale para a separação dos Poderes: quanto controle cada Poder pode ter sobre outro, ou quanta autonomia cada Poder deve ter para que a separação não seja ferida?¹² Quanto ao inciso IV, que petrifica “os direitos e garantias individuais”, vale notar que a Constituição não os lista exaustiva ou isoladamente em nenhum momento¹³, de modo que a aplicação das cláusulas pétreas depende de uma argumentação sobre quais normas constitucionais se encaixam no inciso, e por quê. Existe um debate na doutrina de direito constitucional, por exemplo, sobre se os direitos sociais devem também ser considerados cláusulas pétreas¹⁴.

¹¹ É possível imaginar, por exemplo, uma definição que diferencie competências essenciais de cada esfera, que não podem ser transferidas, e competências não essenciais, que podem ser transferidas. No entanto, muitos aspectos do federalismo ficam de fora dessa definição, como a imunidade tributária entre os entes da Federação, por exemplo.

¹² Um caso que ilustra essa incerteza é o da ADI 3.367, que impugnava a Emenda Constitucional (“EC”) 45/2004. Nela, o STF declarou a constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), um órgão que exerce controle disciplinar sobre o Poder Judiciário, e que tem membros indicados pelo Poder Legislativo e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (“OAB”). No entanto, talvez o STF tivesse declarado a inconstitucionalidade da emenda se o CNJ tivesse mais membros indicados pelo Legislativo ou por uma instituição alheia ao Judiciário. Não há definição *a priori* sobre qual proporção de um órgão de controle novo, criado pelo poder de reforma, pode ser indicada por um Poder alheio àquele que o órgão deve controlar. Isso é definido pelos ministros do STF em cada caso. Ver: ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. O STF e o controle judicial de emendas constitucionais. Belo Horizonte: Letramento, 2019, p. 59-60. Ver também: MORAIS, Laio Correia. O Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas?. 2011, p. 28-33.

¹³ O Título II da Constituição, “Dos direitos e garantias fundamentais”, é dividido em cinco capítulos. O Capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, compreende apenas o art. 5º da Constituição, e, como se vê pelo seu nome, não especifica o que são direitos individuais e o que são direitos coletivos, listando-os conjuntamente. A Constituição também fala em “direitos individuais” em outros momentos: no Preâmbulo, diferenciando-os dos direitos sociais; no art. 8º, III, diferenciando-os dos direitos coletivos; no art. 68, § 1º, II, diferenciando-os dos direitos políticos e eleitorais; no art. 85, III, diferenciando-os dos direitos políticos e sociais; no art. 134, diferenciando-os dos coletivos; e no art. 145, § 1º, ao protegê-los contra o poder de tributar. A Constituição não menciona os termos “garantia” ou “garantias” com a especificação de serem “individual” ou “individuais”, respectivamente, em nenhum de seus dispositivos. Assim, a princípio, pelo que está expresso na Constituição, pode-se dizer apenas que os direitos e garantias individuais são subconjuntos dos direitos e garantias fundamentais, e que os direitos individuais diferem dos direitos sociais, coletivos, políticos e eleitorais. No entanto, como mostrarei mais adiante, por vezes a interpretação dos ministros, ao aplicarem a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, ampliam o alcance do inciso também para os direitos fundamentais.

¹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 127-128.

Todas essas definições devem repercutir nas análises concretas de cada emenda constitucional questionada no STF, de modo que a argumentação dos ministros sobre o conteúdo de cada cláusula pétrea pode favorecer – ou não – uma maior previsibilidade quanto a futuras decisões sobre a constitucionalidade de emendas. Mais do que isso, a solidez dessas definições por parte dos ministros pode indicar se a discricionariedade que a Constituição outorga ao STF no julgamento da validade de emendas é exercida com a devida motivação. Se os conceitos utilizados nesse tipo de decisão tornam-se mais bem definidos, o tribunal fica sujeito a uma área de interpretação mais restrita, em função dos precedentes e das teses criadas em julgamentos de outras emendas constitucionais. Isso gera mais segurança quanto à atuação do STF em um ponto sensível da interação entre os Poderes, isto é, o do controle do ato normativo hierarquicamente mais importante que o Congresso Nacional pode editar.

O controle de emendas é uma área do direito brasileiro em que sua textura aberta¹⁵ se manifesta com grande intensidade. Os ministros do STF, ao controlarem emendas constitucionais, têm a possibilidade de escolherem entre distintas interpretações das cláusulas pétreas, e de chegarem a decisões opostas entre si, embora corretas. Em cada caso que será analisado neste trabalho, pode-se discordar das decisões do tribunal, seja por não se considerar que os direitos sociais são cláusulas pétreas, por exemplo, ou por se considerar que o CNJ fere o núcleo da separação de Poderes. No entanto, as decisões do Supremo não deixam de ser válidas¹⁶, ou melhor, legítimas, só por não parecerem adequadas de acordo com uma certa posição

¹⁵ Herbert L. A. Hart dá o nome de “textura aberta” à indeterminação do Direito. Segundo ele, quando o cenário é o da existência de “razões tanto a favor quanto contra nosso emprego de um termo geral, e nenhuma convenção firme ou concordância geral determina seu uso, ou, por outro lado, sua rejeição pela pessoa que deve fazer a classificação”, quem quer que vá esclarecer as dúvidas (isto é, a pessoa autorizada a tomar a decisão referente àquele caso) “deve operar como que uma escolha entre alternativas abertas”. A pessoa encarregada de decidir nesse caso terá que “examinar (...) se o caso presente se assemelha ‘suficientemente’ ao caso simples sob os aspectos ‘pertinentes’”. A linguagem lhe permitirá uma ampla discricionariedade, “de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha”. Ver: HART, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

¹⁶ Aqui, as decisões seriam “válidas” não no sentido jurídico – porque o que as valida no sentido jurídico é a competência do STF para tomá-las –, mas no sentido de legitimidade, de “aceitáveis”.

valorativa¹⁷. Em minha visão, o que confere legitimidade às decisões do tribunal é sua sustentação argumentativa. No mínimo, diante de um cenário de indefinição normativa, como o das cláusulas pétreas, os ministros do STF devem fundamentar com solidez suas interpretações, e expor suas razões com clareza. Isso se aplica a qualquer decisão judicial, mas especialmente aqui, em que o Supremo tem o poder de impedir, em definitivo, que um órgão democraticamente eleito altere a Constituição, a norma mais importante do sistema jurídico brasileiro. Se 90% dos deputados e senadores votarem a favor de uma mudança na Constituição, exercendo o poder de reforma, ainda assim o STF terá o poder de invalidar a emenda, sob alegação de inconstitucionalidade. É preciso que uma decisão dessa importância esteja bem fundamentada e dê segurança sobre o que o Supremo Tribunal Federal entende ser ou não ser passível de alteração na Constituição.

Por meio da leitura de nove acórdãos, que consistem nas últimas decisões de mérito do STF em ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas constitucionais¹⁸, busquei entender se e como os ministros definiram os conceitos de cláusula pétrea – como instituto em geral, e cada uma das cláusulas pétreas individualmente – e se e como justificaram a inclusão de normas constitucionais no rol de cláusulas pétreas, ou sua exclusão desse rol. Além disso, esta pesquisa também reuniu todas as normas constitucionais que foram utilizadas de referência para o controle de

¹⁷ Mesmo Virgílio Afonso da Silva, que considera ser impossível a objetividade na interpretação jurídica, entende que é possível se aproximar dela por meio de um esforço *argumentativo*, que tenha por referência a ideia de “ônus argumentativo”. Assim, a cobrança por uma decisão bem fundamentada, mesmo que por meio da simples argumentação, que a exponha à possibilidade de controle intersubjetivo e que crie previsibilidade (conceitos utilizados por Silva), é plenamente possível mesmo entre aqueles que consideram como inafastável a subjetividade na interpretação jurídica – e mais ainda na interpretação de princípios. Ver: SILVA, V. A. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: BARBIERI, C. H. C.; MACEDO JR., R. P. (orgs.). Direito e interpretação: racionalidades e instituições, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011: 363-380.

¹⁸ O levantamento das ações que impugnavam emendas constitucionais foi realizado em 26 de junho de 2019. Nos dias seguintes, por meio da aba “Acompanhamento Processual”, classifiquei as ações com base nas decisões que já haviam sido tomadas em relação a cada uma delas. Essa etapa foi concluída no dia 12 de julho. Assim, decisões que eventualmente tenham sido tomadas a partir dessa data não foram contabilizadas pela pesquisa, de modo que as nove decisões que são objeto da investigação eram as mais recentes até o começo de julho de 2019. As ações são as seguintes ADIs, do julgado mais antigo para o mais recente: 2.883; 2.760; 2.024; 2.395; 3.104; 3.138; 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425 (essas quatro foram julgadas conjuntamente, e seu julgamento foi analisado a partir do acórdão da ADI 4.357); 4.307; e 2.732.

emendas constitucionais pelo Supremo nessas últimas decisões, mesmo sem terem sido mencionadas expressamente como cláusulas pétreas. Assim, o foco deste trabalho é a conceituação do instituto central do controle de emendas – as cláusulas pétreas – e sua aplicação aos casos levados ao STF. A reunião das normas utilizadas de referência para o controle de constitucionalidade tem o propósito de expor o que é utilizado como limite material ao poder de reforma com frequência – embora sem essa qualificação explícita por parte dos ministros –, dando alguma base para eventuais previsões sobre futuras decisões do tribunal no mesmo tipo de ação.

Esta pesquisa, portanto, insere-se na agenda que busca investigar como o Supremo exerce o controle de constitucionalidade material de emendas, tendo por enfoque compreender se os ministros mencionaram expressamente o termo cláusula pétrea no exercício do controle material e, nessa hipótese, como os ministros definiram e aplicaram esses conceitos, nos nove últimos julgamentos definitivos de ações diretas de inconstitucionalidade em face de emendas constitucionais.

Pesquisas anteriores da Escola de Formação Pública (“EFp”) da Sociedade Brasileira de Direito Público (“sbdp”) já trataram do controle concentrado de emendas constitucionais. Três pesquisas mais antigas¹⁹ fizeram análises qualitativas de maior profundidade, mas com enfoques diferentes daquele que foi empregado neste trabalho.

A pesquisa de Carolina Ponce, de 2009, dividiu-se em duas frentes de investigação: uma referente à definição de pauta do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas constitucionais e outra referente ao conteúdo dos votos. A análise da argumentação utilizada pelos ministros, na pesquisa de Ponce, servia mais como suporte para entender a utilização do tempo pelo tribunal. Dessa forma, Ponce identificou uma série de padrões nos raciocínios utilizados pelos ministros para decidir esse tipo de ação, inclusive a ausência de consenso sobre o conteúdo das cláusulas

¹⁹ PONCE, Carolina Ignácio. Definição de Pauta no Supremo Tribunal Federal no Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais nos Governos FHC e Lula., de 2009; GALLACCI, Fernando Bernardi. O STF e as Cláusulas Pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?, de 2011; MORAIS, Laio Correia. O Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas?, de 2011.

pétreas e a ponderação das consequências que suas decisões teriam no mundo fático²⁰. No entanto, ela não se aprofunda na descrição e sistematização dos argumentos referentes às cláusulas pétreas. Assim, embora tenha obtido conclusões importantes para a compreensão da dinâmica decisória do tribunal ao controlar emendas, a definição dos parâmetros do controle material de emendas não era o foco de seu trabalho.

A pesquisa de Fernando Gallaci, que analisou o tema a partir da relação entre as decisões do STF e a governabilidade, chegou a conclusões interessantes sobre a definição dos parâmetros de controle material de emendas. Gallaci identificou decisões que se baseavam em cláusulas pétreas sem que definissem o seu conteúdo, ou sem que justificassem a inclusão de determinado dispositivo constitucional no rol de cláusulas pétreas²¹. Além disso, ele concluiu existirem considerações, por parte dos ministros, sobre consequências fáticas de suas decisões. Contudo, ele ainda deixa espaço para uma definição mais detalhada dessas questões, em parte por dar mais destaque à relação das decisões do STF com a governabilidade do país.

Por fim, a pesquisa de Laio Morais buscou entender se as cláusulas pétreas compunham a razão de decidir – *ratio decidendi* – de julgamentos de controle de emendas. Ele conclui que isso ocorre em parte dos casos, e que, nos casos em que a resposta é afirmativa, a aplicação dos limites materiais é casuística, não tendo os ministros definido o conceito de cláusula pétrea de maneira mais ampla²². Morais também não se aprofunda no detalhamento da frequência do surgimento de votos e decisões sem esses parâmetros claros nas ações, e nem a forma pela qual essa indefinição se manifesta.

Todas essas três pesquisas, portanto, se aproximaram do tema das cláusulas pétreas, mas não tinham por enfoque exatamente a descrição de sua conceituação pelos ministros. Sendo assim, embora todas elas tenham

²⁰ PONCE, Carolina Ignácio. Definição de Pauta no Supremo Tribunal Federal no Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais nos Governos FHC e Lula. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009, p. 91.

²¹ GALLACCI, Fernando Bernardi. O STF e as Cláusulas Pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade? Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2011, p. 52.

²² MORAIS, Laio Correia. O Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas? Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2011, p. 46-47 e 58.

identificado problemas semelhantes – dentre os quais se destaca a falta de definição dos limites materiais, que são o fundamento jurídico para o controle de constitucionalidade material de emendas constitucionais –, esses diagnósticos não mostravam como, de fato, se dava essa indefinição.

Além disso, duas das pesquisas foram feitas há oito anos, e uma delas há dez. Esse espaço de tempo permitiu que novas decisões em sede de controle de emendas fossem tomadas, oferecendo um material novo sobre o qual podia recair a análise da definição dos limites materiais pelos ministros. Como referência para a definição do recorte temporal de meu universo de pesquisa, inclusive, foi utilizada a última decisão analisada por Moraes, como será descrito no próximo capítulo.

Ainda, pela EFp, Ana Luiza Arruda, no ano de 2018, fez uma investigação sobre o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, que foi publicada em livro em 2019²³. Sua pesquisa traçou um panorama sobre os julgamentos de mérito de ações que impugnavam emendas constitucionais. Contudo, ela tem caráter predominantemente quantitativo, de modo que as análises dos casos específicos, assim como nas três outras pesquisas citadas, indicam a existência de fragilidades na definição e na aplicação das cláusulas pétreas pelo STF, mas não descrevem esses problemas em maior profundidade.

Assim, esta monografia apresentará os resultados de uma pesquisa que buscou, nas decisões mais recentes do STF em sede de controle de emendas constitucionais, entender, em detalhes, como o tribunal interferiu no conteúdo das alterações da Constituição promovidas pelo Congresso Nacional. Busquei dar contornos mais claros à indeterminação dos conceitos fundamentais para esse tipo de julgamento – o instituto da limitação material ao poder de reforma da Constituição e cada uma das cláusulas pétreas existentes no direito brasileiro. Essas quatro investigações anteriores foram fundamentais para que eu pudesse compreender melhor o objeto que iria

²³ ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. O STF e o controle judicial de emendas constitucionais. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

analisar, e para que eu pudesse aperfeiçoar a metodologia de análise e as perguntas que guiariam toda a pesquisa.

Esta pesquisa não tem – e nem poderia ter – a pretensão de oferecer conclusões gerais sobre como o STF atua no controle material de emendas constitucionais. No entanto, a amostra de nove acórdãos é considerável, principalmente por compreender julgamentos que ocorreram em um espaço de tempo de nove anos²⁴, de modo que a descrição do que ocorreu nesses nove julgamentos oferece um retrato consistente da atuação do tribunal nesse tipo de caso.

No capítulo 2 desta monografia, será apresentada a metodologia da pesquisa, o que inclui o processo de definição das perguntas, do objeto e do universo de pesquisa. Em seguida, no capítulo 3, serão apresentados os resultados da pesquisa. Por fim, no capítulo 4, serão retomados os questionamentos e preocupações que deram origem a esta investigação, com o objetivo de explicitar problemas nos julgamentos analisados e de propor linhas futuras de investigação sobre o tema.

²⁴ O mais antigo julgamento analisado – o da ADI 2.883 – ocorreu em agosto de 2006, e o mais recente – o da ADI 2.732 – ocorreu em outubro de 2015.

2. Metodologia

2.1. Perguntas de pesquisa

Esta pesquisa buscou responder à seguinte pergunta: *como o conceito de cláusula pétrea foi mobilizado expressamente pelos ministros do STF nos nove últimos julgamentos definitivos de controle de constitucionalidade de emendas à Constituição?*

De modo a guiar e enriquecer a investigação, elaborei as seguintes subperguntas:

1. Sobre o tratamento das cláusulas pétreas em geral

1.1. Os ministros definem o conceito de cláusula pétrea em geral, isto é, de limitação material ao poder de reforma? Eles fazem considerações gerais a respeito dos limites ao poder de reforma?

1.1.1. É possível identificar linhas de definição do conceito?

1.1.2. As definições se baseiam em doutrina? As definições se baseiam em concepções sobre a finalidade das cláusulas pétreas? Se baseiam em outras ideias?

1.2. Os ministros restringem os limites materiais ao poder de reforma às cláusulas listadas no art. 60, § 4º, ou há algum caso em que declaram existirem limitações implícitas?

1.2.1. Quando definem as cláusulas pétreas, se restringem às listadas no art. 60, § 4º, ou também definem limites materiais implícitos?

1.2.1.1. Como definem as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, se o fazem, e qual o grau de amplitude conferido a elas?

1.2.1.2. Quais são as cláusulas pétreas implícitas citadas e como eles as definem, se o fazem?

1.2.2. Quando não as definem, aplicam-nas assim mesmo? Isto é, declaram inconstitucionalidades materiais sem definir as cláusulas pétreas que estão utilizando de referência e sua amplitude?

2. *Sobre a aplicação das cláusulas pétreas*

2.1. Quais normas foram expressamente incluídas pelos ministros no rol de cláusulas pétreas?

2.1.1. Os ministros justificaram a inclusão dessas normas no rol de cláusulas pétreas?

2.1.2. Qual o sentido e alcance conferido a essas normas tidas como cláusulas pétreas? (Um exemplo é proteger apenas o núcleo essencial da norma.)

2.2. Quais normas foram expressamente excluídas pelos ministros do rol de cláusulas pétreas?

2.2.1. Os ministros justificaram a exclusão dessas normas do rol de cláusulas pétreas?

3. *Sobre a aplicação de normas constitucionais sem menção expressa a cláusula pétrea*

3.1. Quais normas foram utilizadas de justificativa para decisões sem serem incluídas expressamente no rol de cláusulas pétreas?

A escolha de investigar as menções e aplicações *expressas* do conceito de cláusula pétrea pelos ministros deve-se à minha visão sobre o que a pesquisa empírica permite alcançar, e também sobre o grau de justificação que o intérprete – no caso desta pesquisa, os ministros – deve empregar para motivar suas decisões. É preciso tratar dessa questão para que a leitora ou o leitor compreendam melhor qual é a minha intenção com a pergunta de pesquisa utilizada.

Os ministros, ao justificarem suas decisões em sede de controle material de emendas, podem²⁵ tomar dois caminhos. O primeiro é dizer que certa norma mencionada por eles é cláusula pétrea. O segundo é mencionar essa norma sem explicitar seu entendimento sobre sua natureza: sem dizer se ele considera que aquela norma é cláusula pétrea ou que não o é. Quando um ministro opta pelo segundo caminho, pode-se, afirmar, de um lado, que ele considera que essa norma é cláusula pétrea, mesmo não o tendo dito. De outro lado, pode-se afirmar que ele *não necessariamente* considera que ela é uma cláusula pétrea²⁶.

Se o ministro não diz que a norma que ele utiliza para controlar a emenda é cláusula pétrea, ou é um limite material, optei por não assumir que ele a considera como tal. Posso simplesmente dizer que ele controlou a emenda com base nessa norma, mas não posso afirmar que, para ele, a norma é cláusula pétrea. Afinal, as cláusulas pétreas – assim como as normas petrificadas – *não são o que os ministros dizem que são, mas sim o que a Constituição diz que são*. Aqui, busco saber *o que os ministros dizem que a Constituição diz sobre isso*, de modo que não necessariamente eles devem se limitar ao art. 60, § 4º. No entanto, se eles entendem as cláusulas pétreas de maneira extensiva, é preciso haver algum tipo de argumentação nesse sentido. Se não há, é impossível, empiricamente, dizer que a norma foi incluída no rol de cláusulas pétreas, e nem, da mesma forma, que a emenda foi controlada com base em cláusulas pétreas. Afinal, elas não foram citadas expressamente como fundamento de sua decisão.

Assim, como meu interesse com esta pesquisa é compreender o que os ministros entendem por cláusula pétrea, e quais normas eles entendem ser cláusulas pétreas, é preciso partir da premissa fixada acima, segundo a qual só é possível afirmar empiricamente que um ministro conceituou ou aplicou as cláusulas pétreas dessa ou daquela maneira quando ele expressamente o fizer.

²⁵ Essa é uma possibilidade fática, e não jurídica: o fato de se poder dizer que o segundo caminho implica numa motivação insuficiente da decisão não muda o fato de que os ministros podem tomá-lo – e o de que o fazem com frequência, como mostrarei.

²⁶ Que fique claro: não é possível dizer que “o ministro *não considera* que a norma é cláusula pétrea”. Só é possível dizer que “*não necessariamente* o ministro a considera cláusula pétrea”.

Por outro lado, há normas que, muito embora não tenham sido expressamente incluídas no rol de cláusulas pétreas, foram utilizadas para controlar as emendas. Para registrar esse dado, criei a subpergunta 3.1. Mesmo assim, é preciso diferenciar as normas constitucionais expressamente citadas como cláusulas pétreas e as que, embora tenham sido aplicadas no controle de emendas, não foram citadas como tal. Estas últimas, embora ajudem a compreender o cenário do controle de emendas constitucionais, não dizem respeito à conceituação de cláusula pétrea, que é o foco do trabalho.

Cabem algumas outras considerações sobre a pergunta de pesquisa.

A utilização da expressão “ministros do STF”, em vez do termo “STF”, que ressalta o órgão como colegiado, é intencional. Essa escolha deve-se ao entendimento de que, na prática, não há atuação colegiada dos 11 ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal. Essa conclusão já foi alcançada em outros trabalhos empíricos²⁷ e é bastante difundida no meio acadêmico²⁸. A busca por uma resposta sobre como *a corte* atuou ao controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais levaria necessariamente a uma descrição das interpretações presentes no voto de cada ministro ou ministra. A abordagem que adoto permite uma expressão mais fidedigna do que efetivamente ocorreu em cada julgamento.

É importante notar que a pergunta de pesquisa indica duas linhas de análise das cláusulas pétreas, pois a “mobilização” do conceito de cláusula pétrea pode ocorrer tanto numa tentativa de definição em abstrato desse instituto quanto em sua aplicação direta aos casos. Assim, o primeiro bloco de subperguntas diz respeito a discussões abstratas sobre as cláusulas pétreas, que não concernem diretamente à sua aplicação ao caso – embora sejam importantes para a construção de uma motivação completa e coerente para as decisões. Em especial, essa linha investiga a conceituação das cláusulas pétreas. Essa conceituação pode ter por objeto o instituto das

²⁷ Ver: DE SETA, Cristina Gomes Campos. *Consenso nas decisões do Supremo Tribunal Federal*: um estudo empírico sobre a construção da verdade jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Ver também: CARDOSO, E. L. C.; MACHADO, A. M. F.; VOJVODIC, A. M. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF, *Revista Direito GV*, n. 5(1), p. 21-44, jan./jun. 2009.

²⁸ Ver: MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. Folha de S. Paulo, 01/02/2010. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

limitações materiais em nível mais amplo, ou então as cláusulas pétreas em sentido mais estrito: a forma federativa de Estado, a separação dos Poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, os direitos e garantias individuais e quaisquer outras que os ministros entendam existirem. Já o segundo bloco de subperguntas diz respeito à análise das normas constitucionais que foram expressamente incluídas no rol de cláusulas pétreas, ou expressamente excluídas dele, as justificativas para essas inclusões e exclusões e o alcance – isto é, a exata definição – que os ministros conferem às normas que eles entendem serem cláusulas pétreas. Essas subperguntas cuidam, portanto, da etapa da motivação em que o conceito é relacionado diretamente ao caso julgado, à emenda constitucional que é objeto de impugnação.

O terceiro bloco de subperguntas, diferentemente dos dois primeiros, não se relaciona diretamente com a pergunta de pesquisa. Isso porque ele se volta ao mapeamento das normas que não foram expressamente mencionadas como cláusulas pétreas. Como a pesquisa analisou uma série de decisões do STF em sede de controle de emendas, não havia por que deixar de registrar quais normas foram utilizadas para limitar o poder de reforma, embora não tenham sido classificadas como cláusulas pétreas de maneira explícita pelos ministros do tribunal. Essa subpergunta busca evitar o desperdício de informações que foram coletadas pela pesquisa, mas que não têm relação estrita com a pergunta de pesquisa. Ela expõe dados importantes sobre as últimas decisões em sede de controle de emendas, porque apresenta as normas constitucionais que, efetivamente, foram utilizadas para limitar o poder de reforma, ou afastadas como fonte de limitação.

2.2. Objeto de pesquisa

A presente pesquisa tem por objeto todas ações diretas de constitucionalidade contra emendas constitucionais com julgamento de mérito pelo STF entre agosto de 2006 e outubro de 2015.

A escolha das ações diretas de inconstitucionalidade como objeto de análise do trabalho deveu-se ao fato de que é por meio delas que o STF controla a constitucionalidade de atos normativos federais, por força do art. 102, I, da Constituição²⁹.

Até 26 de junho de 2019³⁰, tramitaram no STF 114 ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas constitucionais³¹. Delas, 35 tiveram julgamento de mérito³², e 32 tiveram somente a liminar apreciada. Algumas ações foram julgadas conjuntamente, e muitas tinham por objeto a mesma emenda constitucional.

Diante desse cenário, fiz, primeiramente, um recorte quanto ao tipo de decisão que seria analisado, excluindo as decisões liminares do universo amostral. Isso se justifica pela natureza diversa da discussão que ocorre em sede de liminar e na discussão de mérito. Em decisões liminares, que são uma forma de tutela de urgência³³, a discussão se volta ao *fumus boni iuris* – “fumaça do bom direito”, que consiste na aparência inicial de que a demanda da ação deve ser provida, na “probabilidade do direito” – e ao *periculum in mora* – “perigo na demora”, que consiste no potencial que a demora normal da tramitação da ação até o momento da sentença tem para causar danos ou mesmo para a utilidade da tutela jurisdicional. Nos

²⁹ Ver nota de rodapé 1. As ações declaratórias de constitucionalidade também podem, em tese, servir de meio para o controle abstrato de emendas, mas a frequência do controle por ação direta de inconstitucionalidade é muito maior (ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. O STF e o controle judicial de emendas constitucionais. Belo Horizonte: Letramento, 2019, p. 16). Ainda, as arguições de descumprimento de preceito fundamental também poderiam, em tese, servir para controle de emendas em alguns casos, desde que se verificasse a exigência do art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999. Há, por fim, o controle de *propostas* de emenda constitucional, que se dá por meio de mandado de segurança (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 124-125. Ver também: ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. O STF e o controle judicial de emendas constitucionais. Belo Horizonte: Letramento, 2019, p. 67-70). No entanto, por uma necessidade de uniformizar o material de pesquisa – o que inclui a natureza das ações analisadas, que implica em diferentes critérios para as decisões –, e pelo já extenso universo amostral em potencial que as ações diretas oferecem, os mandados de segurança foram excluídos da investigação.

³⁰ Ver notas de rodapé 3 e 4.

³¹ Ver Anexo I, com a lista de ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas constitucionais.

³² Oito delas tiveram também julgamento liminar, de modo que um total de 59 ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas já haviam sido julgadas liminarmente ou no mérito até o dia 26/06/2019.

³³ Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), art. 300, *caput* e § 2º.

juízes julgamentos de mérito, por outro lado, as decisões são definitivas³⁴, de modo que não há uma análise apenas superficial da demanda, mas sim uma discussão mais aprofundada da pretensão.

Com esse primeiro recorte, cheguei ao universo de 35 ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas constitucionais que tiveram decisão definitiva, desde 1988. Em seguida, apliquei um recorte temporal discricionário, selecionando as ações diretas de constitucionalidade com julgamento de mérito nos últimos 13 anos (a primeira delas com julgamento em 30 de agosto de 2006, e a mais recente julgada em 7 de outubro de 2015), chegando, assim, ao universo de nove acórdãos. Vale ressaltar que os nove acórdãos contemplam o número de 12 ações, porque quatro delas foram julgadas conjuntamente, e foram analisadas por meio da leitura de apenas um dos acórdãos.

A escolha do recorte se justifica em razão do interesse em verificar tão somente como o STF se comporta no exercício do controle de emendas nos julgados mais recentes³⁵. Como pesquisas mais antigas de EFp³⁶ já se dedicaram a analisar qualitativamente com maior grau de profundidade os julgamentos de ações diretas contra emendas, entendi que seria interessante compreender como julgados mais recentes trataram da questão – mesmo que minha pesquisa tenha um enfoque diferente, seu conteúdo, como é de se esperar, conversa com o das investigações mencionadas.

Em especial, a pesquisa de Laio Morais, que investiga se a discussão das cláusulas pétreas compõe a *ratio decidendi* do STF ao julgar a constitucionalidade de emendas, se aproxima de minha busca por entender como são expressamente tratados os limites materiais ao poder de reforma nesse tipo de ação. As outras pesquisas citadas, embora tenham por objeto o controle de constitucionalidade de emendas, não repousam sua atenção exatamente sobre as cláusulas pétreas, como já foi apresentado no primeiro capítulo.

³⁴ Ver art. 97 da Constituição Federal.

³⁵ Vale lembrar, os mais recentes até, no mínimo, 26 de junho de 2019.

³⁶ Ver nota de rodapé 19.

Assim, utilizando como referência a pesquisa de Moraes, que teve como mais recente julgado de mérito analisado o da ADI 3.685³⁷, cheguei ao universo de doze ações³⁸, sendo as ADIs 2.883 e 2.760 as de julgados de mérito mais antigo (datados de 30/08/2006) e a ADI 2.732 a de julgado de mérito mais recente (datado de 7/10/2015).

As ADIs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425 foram chamadas para julgamento em conjunto no dia 16/06/2011³⁹, mas o julgamento de mérito só foi concluído em 14/03/2013. No dia 6 de março, no entanto, as ADIs 4.372 e 4.400 foram extintas por ilegitimidade ativa das requerentes. Dessa forma, apenas as ADIs 4.357 e 4.425 seguiram em pauta, e foram elas as julgadas nos dias 7, 13 e 14 de março de 2013.

No *site* do STF, ao menos até o dia 7 de julho de 2019, data de fechamento do universo de pesquisa, apenas os acórdãos das ADIs 4.357, 4.400 e 4.425 estavam disponíveis. Para evitar a leitura repetida de partes dos documentos, comparei os três acórdãos, para identificar eventuais diferenças que pudesse haver entre eles⁴⁰. Pelo fato de o acórdão da ADI 4.357 oferecer mais material para a pesquisa, optei por lê-lo no lugar do da ADI 4.425.

Os demais acórdãos contêm apenas julgamentos de uma única ação cada, que serão descritos no início da apresentação dos resultados. Eles

³⁷ MORAIS, Laio Correia. O Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas? Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2011, p. 2.

³⁸ Do julgado mais antigo para o mais recente, as ADIs: 2.883; 2.760; 2.024; 2.395; 3.104; 3.138; 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425; 4.307; e 2.732.

³⁹ Nesta data, no entanto, Ayres Britto votou rapidamente sobre as preliminares e o cabimento de uma das ações, antes de o julgamento ser suspenso. Ele foi retomado no dia 06/10/2011, quando Ayres Britto concluiu seu voto, e Luiz Fux pediu vista.

⁴⁰ O acórdão da ADI 4.400 só tem discussões sobre a inconstitucionalidade material das emendas nos votos de Ayres Britto e Luiz Fux. De resto, tem apenas votos sobre legitimidade ativa da requerente, o que não importa para a pesquisa. Todas as discussões de inconstitucionalidade material presentes no documento da ADI 4.400 estão presentes no acórdão da ADI 4.425. As ADIs 4.357 e 4.425, por outro lado, têm diferenças inclusive nas partes em que o tema da inconstitucionalidade material aparece, mas nada que comprometa a leitura de apenas um dos documentos. Isso porque o voto de Ayres Britto na ADI 4.357, entre as páginas 28 e 34, tem um conteúdo que não está presente no acórdão da ADI 4.425. A causa disso é o número maior de pedidos na ADI 4.357 do que na ADI 4.425. O conteúdo dos dois acórdãos se alinha a partir da página 34 da ADI 4.357 e da página 19 da ADI 4.425. Daí em diante, há apenas algumas alterações gramaticais em certos momentos do documento, e diferenças na lista de inconstitucionalidades no item 56 do voto de Ayres Britto na ADI 4.357 (item 42 na ADI 4.425), justamente pela diferença na quantidade de pedidos.

somam 39 votos analisados, e, em quatro deles, analisei discussões entre os ministros, que foram contabilizadas como extratos separados dos votos⁴¹, por não envolverem a manifestação de um único ministro.

⁴¹ Ao longo da apresentação dos resultados, sustento algumas considerações com base no número de votos em que houve certo tipo de manifestação por parte dos ministros. Assim, é importante notar que, em alguns casos, as manifestações se dão em discussões, o que implica em leves diferenças na apresentação das proporções de cada tipo de manifestação.

3. Resultados

Neste capítulo, apresentarei os achados de minha pesquisa. Com a exposição dos resultados, a leitora ou o leitor perceberão que, nos últimos nove julgamentos de mérito de ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas constitucionais, os ministros do STF deram poucas definições sobre o conceito de cláusula pétrea. Embora a grande maioria das decisões analisadas tenha sido pela improcedência dos pedidos, elas foram tomadas sobre pressupostos amplamente indeterminados, e por vezes sem nem mesmo mencionar expressamente a ideia de limite material ao poder de reforma.

Em primeiro lugar, não há uma concepção bem definida sobre o que é o instituto da limitação material ao poder de reforma, de modo que não é possível compreender como ele se conecta com cada uma das discussões sobre a invalidação de emendas.

Em segundo lugar, além de as cláusulas pétreas listadas no art. 60, § 4º, não terem sido, em geral, definidas individualmente – com exceção, talvez, da forma federativa de Estado –, elas nem sempre foram a maior preocupação dos ministros ao julgar a constitucionalidade de emendas. Foram inúmeras as declarações de inconstitucionalidades materiais sem que se explicitasse que a norma utilizada para impugnar a emenda compunha o rol de cláusulas pétreas, e ainda mais frequentes as vezes em que não houve qualquer explicação sobre o porquê de a norma se incluir nesse rol.

Em terceiro lugar, houve, muitas vezes, uma ampliação do significado do inciso IV do § 4º do art. 60, sem a devida definição de onde estão previstos os direitos e garantias que ele protege, de modo que não é possível saber qual critério é utilizado pelos ministros para incluir ou excluir certa norma constitucional do rol de cláusulas pétreas. Isso porque as discussões se voltaram muito mais à verificação da violação ou não de certa norma constitucional, muitas vezes com base em precedentes que controlavam atos infraconstitucionais, e não à questão de o que levava a norma a se configurar como cláusula pétrea. Assim, na maioria das vezes, as normas foram

utilizadas para embasar impugnações sem qualquer consideração sobre elas serem cláusulas pétreas, ou, se havia consideração expressa nesse sentido, sem justificativa para sua inclusão nesse rol. Assim, nada impede que, no futuro, elas deixem de ser consideradas como motivadoras de inconstitucionalidades materiais, sem que seja possível identificar a razão da alteração na convicção dos ministros.

Soma-se a tudo isso o problema da ausência de colegialidade, crítica frequente à atuação do STF, e que é perceptível aqui pela raridade de discussões sobre pontos controvertidos específicos⁴². Assim, este capítulo exporá, de um lado, os problemas na formação de precedentes sólidos para ações futuras e, de outro, alguns parâmetros que podem sugerir os cenários de futuras ações da mesma natureza.

A apresentação dos resultados da pesquisa será precedida de um breve resumo de cada uma das ações que foram lidas, que engloba tanto a descrição dos dispositivos atacados quanto um relato da decisão tomada pelo Plenário. Só depois disso é que tratarei dos resultados propriamente ditos, encaminhando a conclusão do trabalho, na qual as constatações resumidas acima serão retomadas e mais bem desenvolvidas.

3.1. Um breve resumo das ações analisadas

Como já expus anteriormente, a pesquisa analisou um total de nove julgamentos de mérito, referentes a 12 ações diretas de inconstitucionalidade que impugnavam emendas à Constituição Federal. Todos os julgamentos foram analisados pela leitura dos acórdãos. As ações estão sistematizadas na tabela abaixo e estão resumidas brevemente em seguida.

⁴² Eu não me aprofundarei nessa questão, no entanto. Vale apenas citar uma fala de Cármen Lúcia na ADI 4.357 que ilustra o tratamento da questão da colegialidade pelos ministros: “Claro que a compreensão de cada um de nós é diferenciada, Presidente, a compreensão da Emenda, dos termos da Emenda, da questão. E é por isso que somos onze votos. Hoje somos dez, mas, se houvesse verdade absoluta sobre o tema, nem precisaríamos ter mais de um Ministro” (ADI 4.357, p. 281). Para a ministra, os ministros não são vários para construir uma decisão mais sólida e bem delimitada, e sim para que se somem as opiniões diversas que cada um tem sobre um tema que não comporta verdade absoluta.

Ação	Dispositivo impugnado	Decisão	Votos no acórdão⁴³	Votos analisados⁴⁴
ADI 2.883	EC 20/1998 – aposentadoria compulsória de membros do Judiciário	Não conhecimento (unânime)	6 (não conhecimento)	2 votos
ADI 2.760	EC 20/1998 – aposentadoria compulsória de membros do Judiciário	Não conhecimento (unânime)	1 (não conhecimento)	1 voto
ADI 2.024	EC 20/1998 – regime previdenciário de servidores temporários	Improcedência (por unanimidade)	2 (improcedência)	2 votos
ADI 2.395	EC 15/1996 – requisitos para criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios	Improcedência (um voto vencido)	8 (improcedência); 1 (procedência)	7 votos e uma discussão
ADI 3.104	EC 41/2003 – regime previdenciário de transição	Improcedência (três votos vencidos)	6 (improcedência); 2 (procedência)	8 votos e uma discussão
ADI 3.138	EC 41/2003 – contribuição previdenciária mínima estabelecida pela União	Improcedência (três votos vencidos)	5 (improcedência); 2 (procedência)	7 votos e uma discussão
ADI 4.357	EC 62/2009 – sistema de quitação de precatórios	Procedência (cinco votos vencidos ⁴⁵)	5 (procedência); 2 (procedência parcial); 3 (improcedência)	10 votos e uma discussão
ADI 4.307	EC 58/2009 – retroação de novas regras eleitorais	Procedência (unânime)	1 (procedência)	1 voto

⁴³ Os números nesta coluna se referem apenas aos votos presentes no acórdão. A quantidade de votos contrários à decisão do tribunal está explicitada na coluna do lado esquerdo.

⁴⁴ Esta coluna tem o número de votos que foram analisados pela pesquisa, além da marcação de se houve ou não discussão no acórdão (as discussões, como mencionei no final do capítulo 2, são contabilizadas separadamente nas estatísticas que serão descritas).

⁴⁵ Três desses votos julgavam a ação improcedente, e dois julgavam-na procedente em menor extensão.

ADI 2.732	EC 29/2000 – progressividade do IPTU	Improcedência (unânime)	1 (improcedência)	1 voto
-----------	--	----------------------------	-------------------	--------

Os dois julgados mais antigos analisados pela pesquisa são os das ADIs 2.883 e 2.760. Ambas tiveram seu julgamento definitivo na mesma data (30 de agosto de 2006), ambas não foram conhecidas e ambas fornecem pouco material que interessa às indagações da pesquisa.

A ADI 2.883 impugnava alguns dispositivos que foram alterados pela EC 20/1998, que dispõem sobre a aposentadoria compulsória de membros do Judiciário. O acórdão contém o voto do relator Gilmar Mendes, além de votos de parte dos outros ministros presentes sobre a questão preliminar do não conhecimento. O foco da deliberação, no entanto, foi a ausência de transformação substancial do texto originário da Constituição pela emenda, e, exatamente por isso, a ação não foi conhecida, por unanimidade. Gilmar Mendes é o único que se aprofunda na discussão do mérito da questão, sendo que, além dele, apenas Sepúlveda Pertence faz considerações que interessam à pesquisa. Afinal, se os ministros julgavam no sentido de não conhecer da ação, qualquer argumento referente às cláusulas pétreas seria subsidiário, aplicando-se apenas se o tribunal decidisse conhecer da ação ao fim da pronúncia dos votos. Inclusive, na ADI 2.883, o acórdão mostra que os ministros decidiram discutir, antes, apenas a questão preliminar, que se referia ao não cabimento.

A ADI 2.760 impugnava os mesmos dispositivos que a ADI 2.883, e foi julgada no mesmo dia, logo em seguida⁴⁶. O acórdão contém apenas o voto do relator, Joaquim Barbosa, que faz poucos comentários sobre as alegações de violações de princípios constitucionais. Isso porque Barbosa votou pelo não conhecimento da ação, no que foi acompanhado por todos os ministros presentes, entendendo que a emenda não alterara substancialmente os

⁴⁶ É possível perceber que a ADI 2.883 foi julgada antes porque, no acórdão, Joaquim Barbosa afirma que era redator que uma ação que estava na pauta, e que se referia aos mesmos dispositivos.

dispositivos da Constituição originária, de modo que a ação direta seria, na verdade, “ataque ao texto originário”⁴⁷.

Como o tema central da discussão em ambas as ações foi o debate quanto à ocorrência ou não alteração substancial do texto originário da Constituição pela emenda, seus acórdãos contêm menos considerações sobre os limites materiais. Mesmo assim, não deixam de tê-las, de modo que serão citados quando pertinente. No entanto, em diversos momentos da apresentação dos resultados, ambas as ações serão desconsideradas para efeitos de estatística, porque, por mais que Gilmar Mendes adentre na discussão do mérito, a questão primordial em ambas as decisões era a do não conhecimento e a da impossibilidade de controle de texto originário. Sendo assim, várias das estatísticas, em vez de se basearem em nove ações – considerando todas as analisadas –, se baseiam em sete – considerando apenas aquelas em que o mérito foi decidido.

A ADI 2.024 foi julgada no dia 3 de maio de 2007. A ação também impugnava a EC 20/1998, mas na redação que deu ao art. 40, § 13, da Constituição. A alteração dispôs que o regime geral da previdência social seria aplicado também aos servidores públicos que ocupassem cargos em comissão ou cargos temporários. O governador do Mato Grosso do Sul, então, acionou o STF para declarar a inconstitucionalidade dessa previsão, sob a alegação de violação da forma federativa de Estado, petrificada pelo art. 60, § 4º, I, da Constituição. O acórdão contém apenas os votos do relator, Sepúlveda Pertence, e de Ayres Britto. A ação foi unanimemente julgada improcedente.

A ADI 2.395 foi julgada no dia 9 de maio de 2007. Ela impugnava o art. 18, § 4º, da Constituição, na redação que lhe foi dada pela EC 15/1996. O dispositivo atacado previu duas novas exigências para a criação, a fusão, a incorporação e o desmembramento de municípios: que ocorra em período a ser definido em lei complementar federal e que seja posterior à divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, “apresentados e publicados na forma da lei”. A Mesa da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul entrou com a ação para buscar a declaração de inconstitucionalidade da emenda.

⁴⁷ ADI 2.760, p. 7.

Subsidiariamente, a requerente pediu a declaração de inconstitucionalidade da expressão “dentro do período determinado por Lei Complementar Federal”, e a decisão de interpretação conforme à Constituição da expressão “na forma da lei”, com o entendimento de que a “lei” seria de competência legislativa estadual. Como justificativa, a Mesa alegava violação da forma federativa de Estado, cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, I. O acórdão da ADI 2.395 tem mais conteúdo relevante para a investigação, por conter os votos do relator, Gilmar Mendes, e de outros oito ministros, sete dos quais⁴⁸ fazem considerações pertinentes às perguntas de pesquisa⁴⁹. A ação foi julgada improcedente, com apenas um voto vencido – o de Marco Aurélio.

A ADI 3.104 foi julgada no dia 26 de setembro de 2007. Ela impugnava os arts. 2º e 10 da EC 41/2003. Os dispositivos alteravam o regime previdenciário de transição previsto pela EC 20/1998, e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ingressou com a ação direta buscando impugnar o art. 2º e a expressão “8º” do art. 10 da emenda. A alegação da requerente era a de que a emenda feria a “garantia individual do direito adquirido”⁵⁰, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição, e, portanto, violava a cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV, da Constituição. O que se percebe pelo acórdão é que boa parte da discussão do julgamento referiu-se ao conceito de direito adquirido, e a outras questões que o cercam. Além do voto da relatora, Cármen Lúcia, o acórdão contém também votos de outros sete ministros, além de um debate, todos com conteúdo relevante para responder às perguntas de pesquisa. O STF julgou a ação improcedente por maioria, vencidos os ministros Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello.

A ADI 3.138 foi julgada no dia 14 de setembro de 2011, e atacava o art. 149, § 1º, da Constituição, na redação que recebeu da EC 41/2003. O dispositivo atacado pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB previu que os estados, municípios e Distrito Federal teriam que instituir a contribuição previdenciária dos servidores públicos com uma alíquota que não

⁴⁸ Desses sete votos, apenas seis foram registrados como *votos*, contando para essa estatística. O voto de Sepúlveda Pertence, por ter sido foco de várias interrupções, foi registrado como *discussão*.

⁴⁹ O voto de Eros Grau consiste na simples asserção de que ele acompanhava o relator.

⁵⁰ ADI 3.104, p. 5.

fosse inferior àquela adotada para os servidores da União. A AMB alegava que a alteração feria “o pacto federativo, o princípio do equilíbrio atuarial e a autonomia dos Estados”⁵¹. O acórdão contém não só o voto da relatora, Cármen Lúcia, como também o de outros seis ministros, todos com conteúdo pertinente às indagações da pesquisa⁵².

As ADIs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, como já descrito anteriormente, tiveram um julgamento conjunto que se estendeu por várias sessões. Nos dias 16 de junho e 6 de outubro de 2011, o relator, Ayres Britto, realizou seu voto para todas as ações, até que Luiz Fux pediu vista. O julgamento só foi retomado no dia 6 de março de 2013, quando as ADIs 4.372 e 4.400 tiveram seu julgamento concluído, no sentido de sua improcedência por ilegitimidade ativa das requerentes. Nos dias 7, 13 e 14 de março, o julgamento das ADIs 4.357 e 4.425 prosseguiu, até a conclusão pela procedência parcial de ambas as ações. Como explicado no capítulo 2 desta monografia, apenas o acórdão da ADI 4.357 foi lido, pelo fato de ela englobar, de certa forma, as outras ações, de modo que farei referência apenas a esta ação.

Por carregar muitos pedidos, referentes a vários dispositivos e com uma série de justificativas diferentes, além de um voto-vista, que retomou toda a discussão em detalhes, a ADI 4.357 foi decidida com votos longos e diversos debates. Apenas para que a leitora ou o leitor possam ter uma ideia: sozinho, o acórdão da ADI 4.357 tem mais páginas do que todos os outros oito acórdãos analisados somados. Além dos votos do relator, Ayres Britto, e do autor do voto-vista, Luiz Fux, há também pronunciamentos de outros oito ministros, todo com conteúdo relevante para a pesquisa. Apenas Celso de Mello, da mesma maneira que ocorreu na ADI 3.138, não teve suas falas transcritas para o acórdão. A ADI 4.357 impugnava o art. 100 da Constituição e o art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (“ADCT”), na redação que receberam da EC 62/2009. Os dispositivos diziam respeito ao sistema de pagamentos de precatórios pela Fazenda Pública, eram extensos

⁵¹ ADI 3.138, p. 3.

⁵² Celso de Mello também votou, mas nenhuma das suas falas foi transcrita para o acórdão (no lugar de seus pronunciamentos aparece o termo “CANCELADO”). Mesmo assim, durante o seu voto, vários ministros o interromperam e estabeleceram uma discussão muito interessante sobre a definição da cláusula pétrea da forma federativa de Estado, como exponho mais adiante.

e previam muitas e variadas alterações no regime de quitação de dívidas por parte do Poder Público. Assim, não vou adentrar em cada uma das alegações de inconstitucionalidade, descrevendo apenas o que for pertinente à apresentação dos resultados, quando for necessário.

A ADI 4.307 foi julgada em 11 de abril de 2013. Ela impugnava o art. 3º, I, da EC 58/2009. A emenda alterava o art. 29, IV, da Constituição, mudando o número máximo de vereadores nas câmaras municipais, mas o que o Partido Trabalhista Cristão – PTC buscava com a ação era impedir a retroação dos efeitos da emenda para a eleição de 2008. A emenda havia sido publicada em 29 de setembro de 2009, e já no dia 2 de outubro teve a eficácia do art. 3º, I, suspensa em decisão liminar monocrática da relatora Cármen Lúcia. No dia 11 de novembro do mesmo ano, o Plenário referendou a decisão monocrática. Assim, quando a ADI 4.307 foi julgada definitivamente, em 2013, o art. 3º, I, da emenda, estava suspenso, e o mandato dos vereadores que haviam assumido em 2009 já havia se encerrado. O requerente alegava que o art. 3º, I, da EC 58/09, feria a garantia do “pleno exercício da soberania popular”⁵³ e o art. 16 da Constituição, que seria “garantia individual do cidadão-eleitor”⁵⁴, ambas cláusulas pétreas. O STF julgou a ação procedente por unanimidade. O acórdão contém apenas o voto de Cármen Lúcia e um pequeno debate, cujo conteúdo não importa para a pesquisa.

Por fim, a ADI 2.732, cujo julgado é a mais recente decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade de emendas⁵⁵, foi decidida em 7 de outubro de 2015. A ação impugnava o art. 3º da EC 29/2000, que instituiu a possibilidade de progressividade do IPTU, alterando o art. 156, § 1º, I e II, da Constituição. A Confederação Nacional do Comércio – CNC, requerente, alegava a violação do art. 60, § 4º, IV, da Constituição, e de outros direitos, garantias e princípios constitucionais. O STF julgou a ação totalmente improcedente por unanimidade. O acórdão contém apenas o voto do relator, Dias Toffoli, que tem informações pertinentes ao objeto de pesquisa.

⁵³ ADI 4.307, p. 4, grifado no acórdão.

⁵⁴ ADI 4.307, p. 4.

⁵⁵ Até o dia 7 de julho de 2019.

3.2. Sobre o tratamento das cláusulas pétreas em geral

Neste subcapítulo, tratarei dos resultados coletados por meio do primeiro bloco de subperguntas, que busca entender como os ministros do STF trataram expressamente do conceito de cláusula pétrea, em nível mais amplo, nos nove julgamentos analisados pela pesquisa. Me utilizei de dados que expõem a frequência com que cada tema é tratado pelos ministros, para que transpareçam à leitora ou ao leitor as informações que baseiam as conclusões obtidas nesta parte do trabalho. Dentre elas se destaca a alta quantidade de decisões sem a devida explicitação de alguns pontos chave para o tipo de julgamento aqui analisado.

3.2.1. As definições de cláusula pétrea

Nesta seção, trato da definição em abstrato do conceito de *cláusula pétrea*, ou de *limitação material*, pelos ministros, e de como eles definiram a amplitude dos limites materiais em geral (subpergunta 1.1).

Em primeiro lugar, é preciso tratar das ações não conhecidas. Como elas foram decididas sem a necessidade de aplicação das cláusulas pétreas, a validade do argumento dos votos não depende da conceituação dos limites materiais. No entanto, Gilmar Mendes, na ADI 2.883, se aprofundou no mérito da questão, e não tratou de definir as cláusulas pétreas em geral, de traçar seu alcance, e nem de definir qualquer dos gêneros de cláusulas pétreas. O voto de Sepúlveda Pertence na ADI 2.883 só toca na questão da inconstitucionalidade material ao citar uma norma petrificada, sendo, de resto, relacionado apenas à questão do conhecimento da ação, e o de Joaquim Barbosa na ADI 2.760 discute a inconstitucionalidade material apenas em termos subsidiários, também por entender que a ação não devia

ser conhecida⁵⁶. Assim, a ausência de qualquer consideração sobre o objeto da subpergunta 1.1 não interfere na construção de um raciocínio coerente com a decisão.

Superadas essas duas ações, passo a tratar das outras sete, nas quais a decisão se baseou na análise das alegações de inconstitucionalidade material das emendas atacadas.

Na maioria delas – cinco de sete⁵⁷ (71%) –, ao menos um dos votos buscou conceituar as cláusulas pétreas em nível abstrato (subpergunta 1.1). Embora o número de ações em que essa questão foi levantada seja alto, isso ocorreu em apenas nove votos – entre 36, o que são 25% dos votos – e em uma discussão – entre quatro –, a da ADI 4.357, a ação que mais teve debates entre os ministros. Além disso, o acórdão da ADI 4.357, sozinho, tem quatro votos, do total de nove, que fizeram considerações sobre o conceito e sua amplitude. Assim, percebe-se que as conceituações dos limites materiais em geral concentraram-se na ADI 4.357.

Em geral, pode-se dizer que, assumindo-se que esses nove votos representam a visão dos ministros que não se pronunciaram sobre o tema, há uma aceitação razoável da visão de que as cláusulas pétreas protegem apenas o núcleo dos princípios que protegem. Além disso, ideias no sentido de que elas imobilizam a essência da Constituição e visam a garantir sua estabilidade também aparecem em alguns dos votos. De qualquer maneira, as manifestações dos ministros quanto à conceituação do instituto das limitações materiais em geral não oferecem balizas muito claras para compreender como suas visões podem incidir nos julgamentos em controle de emendas.

A afirmação explícita de que as cláusulas pétreas estão localizadas no art. 60, § 4º, da Constituição, ocorre em cinco dos nove votos em que as limitações materiais são objeto de alguma definição abstrata⁵⁸. A discussão

⁵⁶ Pode-se considerar que essa subsidiariedade foi acentuada, por assim dizer, pelo fato de, no mesmo dia, ter sido julgada a ADI 2.883, antes da ADI 2.760, que impugnava os mesmos dispositivos, e que não foi conhecida.

⁵⁷ As ADIs 2.395, 3104, 3.138, 4.357 e 2.732.

⁵⁸ Mello, na ADI 2.395, p. 27, Toffoli, nas ADIs 3.138, p. 16, 4.357, p. 150, e 2.732, p. 7, e Zavascki, na ADI 4.357, p. 210.

da ADI 4.357 também tem uma afirmação de Gilmar Mendes nesse sentido⁵⁹. Esse dado é importante, porque o único dispositivo constitucional que fala explicitamente em limitações materiais ao poder de reforma é o parágrafo 4º do artigo 60. E o que se percebe é que em apenas cinco votos, entre 36 que tiveram de decidir com base num julgamento de constitucionalidade material, houve menção, em nível abstrato, geral, a esse dispositivo como fonte das cláusulas pétreas.

De qualquer modo, as definições de cláusula pétrea apresentadas vão além de definir sua localização no texto constitucional.

Uma ideia que aparece com recorrência nesses nove votos é a de que as cláusulas pétreas protegem a essência da Constituição, seus princípios mais importantes. Mendes, na ADI 2.395, afirma algo nesse sentido citando Carl Schmitt⁶⁰. Celso de Mello, na mesma ação, cita trecho de Gomes Canotilho no qual o doutrinador afirma que a “revisão serve para alterar a Constituição mas [sic] não para mudar de Constituição”⁶¹, de modo que as cláusulas pétreas proíbem o poder de reforma de mexer em “determinadas decisões políticas fundamentais consagradas pelo legislador constituinte primário”⁶². Teori Zavascki⁶³ e Rosa Weber⁶⁴ expressam concepções semelhantes na ADI 4.357.

Numa linha semelhante, alguns ministros também afirmam que as cláusulas pétreas têm por finalidade estabilizar a Constituição. É o que afirma Mendes na ADI 2.395⁶⁵, em trecho que é citado por Toffoli na ADI 4.357⁶⁶, e Rosa Weber na ADI 4.357⁶⁷.

Ayres Britto, em seus votos nas ADIs 3.104 e 4.357, define as cláusulas pétreas sob outros ângulos. Na ADI 3.104, afirma que o seu significado último é “garantir o avanço”⁶⁸: “A nova Constituição traz uma conquista política,

⁵⁹ ADI 4.357, p. 230.

⁶⁰ ADI 2.395, p. 7.

⁶¹ ADI 2.395, p. 30.

⁶² ADI 2.395, p. 29.

⁶³ ADI 4.357, p. 210-211.

⁶⁴ ADI 4.357, p. 273.

⁶⁵ ADI 2.395, p. 8.

⁶⁶ ADI 4.357, p. 151.

⁶⁷ ADI 4.357, p. 273.

⁶⁸ ADI 3.104, p. 25.

social, econômica e fraternal, de que natureza for, e a petrealidade passa a operar como uma garantia do avanço, então obtido. Uma interdição ao retrocesso⁶⁹. Já na ADI 4.357, o ministro afirma, em um momento, que são as cláusulas pétreas que fixam a “supremacia”⁷⁰ da Constituição sobre o resto do ordenamento e, em outro, que elas foram previstas justamente por uma “vontade normativa”⁷¹ superior à vontade do Estado e que o submete.

Além dessas definições sobre a fonte ou a finalidade das cláusulas pétreas, alguns ministros fazem considerações sobre a forma de interpretá-las, sendo que, por vezes, defendem uma forma de interpretação justamente com base em uma visão sobre a finalidade das cláusulas pétreas.

Na ADI 2.395, Mendes afirma que a atuação da jurisdição constitucional deve ponderar dois objetivos: de um lado, “não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão”⁷², e, de outro, não “ensejar que uma interpretação ortodoxa ou atípica acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo”⁷³. Essa “interpretação ortodoxa” não é bem definida por ele, mas tem por resultado, segundo ele, enrijecer a Constituição, reduzindo a liberdade de atuação do poder de reforma. Segundo ele, esse tipo de interpretação, “ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura”⁷⁴, o que é o oposto do objetivo das limitações materiais.

Esse trecho do voto de Mendes é citado por Toffoli na ADI 4.357, na qual o ministro também defende uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas⁷⁵. Da mesma forma, na ADI 2.732, Toffoli afirma que o “anteparo normativo de controle”⁷⁶ de emendas constitucionais “é restrito”⁷⁷, e que uma

⁶⁹ ADI 3.104, p. 25.

⁷⁰ ADI 4.357, p. 28.

⁷¹ ADI 4.357, p. 53.

⁷² ADI 2.395, p. 8.

⁷³ ADI 2.395, p. 8.

⁷⁴ ADI 2.395, p. 7.

⁷⁵ ADI 4.357, p. 151.

⁷⁶ ADI 2.732, p. 6.

⁷⁷ ADI 2.732, p. 6.

“interpretação exacerbante das cláusulas pétreas (...) pode acarretar a nulificação do exercício do poder reformador”⁷⁸.

Na ADI 4.357, Luiz Fux, em um debate, e Teori Zavascki⁷⁹ também defendem que as cláusulas pétreas sejam interpretadas restritivamente. Fux, no entanto, logo após afirmar que as cláusulas pétreas não podem “engessar gerações”⁸⁰, manifesta preocupação com “essa alforria de permitir que o poder constituinte derivado possa ter essa flexibilização em relação às cláusulas pétreas”⁸¹. Não fica claro o que Fux chama de “alforria”, mas, de qualquer modo, ele faz duas afirmações de significado relativamente indeterminado, que se contrapõem.

Celso de Mello, na ADI 2.395, faz uma consideração adicional, no sentido de que as cláusulas pétreas são o “conjunto de valores que informam e dão substância”⁸² a vários temas, e que “[n]isso consiste a alta finalidade de que se revestem as cláusulas pétreas, que não podem ser reduzidas à subalterna condição de fórmulas antidemocráticas”⁸³. Assim, Mello indica que as cláusulas pétreas são importantes para a construção do conteúdo da Constituição, e, portanto, para a sua interpretação como um todo.

Todas essas considerações sobre a forma como se deve interpretar as cláusulas pétreas, por mais que apontem para a autocontenção dos ministros, na maioria das vezes, não têm grande valia para a definição dos limites materiais. Isso porque são apenas indícios de uma preocupação existente no processo de decisão, que pode influenciar no sentido dos votos – Mendes, Toffoli e Zavascki, nas vezes em que defenderam a interpretação restritiva das cláusulas pétreas, efetivamente votaram contra as alegações de inconstitucionalidade material –, mas que não dão contornos mais específicos sobre o que pode ser entendido por cláusula pétrea. Afinal, as afirmações se baseiam em termos indeterminados, como “desenvolvimento constitucional legítimo”, “engessamento”, “interpretação exacerbante” etc.

⁷⁸ ADI 2.732, p. 6.

⁷⁹ ADI 4.357, p. 210.

⁸⁰ ADI 4.357, p. 236.

⁸¹ ADI 4.357, p. 241.

⁸² ADI 2.395, p. 37.

⁸³ ADI 2.395, p. 37.

Vale apontar, ainda, a ideia, mencionada com frequência, de que as cláusulas pétreas protegem apenas o *núcleo essencial* dos princípios que resguardam. Ela tem alguma importância nos julgamentos concretos de emendas constitucionais, pois se opõe à noção de que as cláusulas pétreas imobilizam por completo as matérias que protegem – o que dificilmente se defende. Em cinco dos nove votos em que as cláusulas pétreas foram conceituadas em abstrato, os ministros afirmaram que as limitações excluem do poder de reforma apenas a possibilidade de mexer no núcleo essencial dos gêneros de cláusula pétrea, mas não o obrigam a deixar as matérias protegidas totalmente intocadas.

Celso de Mello, na ADI 3.295, limita a proteção aos “elementos fundamentais”⁸⁴ do “núcleo essencial”⁸⁵ da Constituição. Este núcleo essencial da Constituição é o que ele entende ser resguardado pelos limites materiais contra o poder de reforma, de modo que a expressão “elementos fundamentais” serve para especificar ainda mais o grau de proteção, que se restringe, por assim dizer, ao “núcleo do núcleo” da Constituição. Na mesma linha, Dias Toffoli, tanto na ADI 3.138 quanto na 4.357, cita a ementa da ADI 2.024, que dispõe que as cláusulas pétreas “não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”⁸⁶.

Na ADI 2.732, Toffoli especifica um pouco mais essa definição, indicando o que parece ser um dos gêneros de cláusula pétrea, que serão tratados na próxima seção (3.2.2). No entanto, como ele não faz referência exatamente a nenhum dos princípios listados no art. 60, § 4º, e ainda trata das cláusulas pétreas em nível abstrato, genérico, vou descrever rapidamente sua afirmação ainda nesta parte do capítulo. Toffoli diz que nas cláusulas pétreas “se protege o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e não seus aspectos acessórios ou laterais”⁸⁷. É interessante notar, além da referência ao “núcleo essencial”, e não aos “aspectos acessórios ou laterais”, a utilização

⁸⁴ ADI 2.395, p. 40.

⁸⁵ ADI 2.395, p. 40.

⁸⁶ ADI 3.138, p. 16, e ADI 4.357, p. 151.

⁸⁷ ADI 2.732, p. 6.

do termo “direitos *fundamentais*”, que não está presente no art. 60, § 4º, da Constituição. Como mostrarei mais adiante, mais de um ministro afirma que os direitos *fundamentais* são cláusulas pétreas, às vezes até mencionando o inciso IV do art. 60, § 4º, que fala em direitos *individuais*.

Ainda sobre o alcance dos limites materiais, Teori Zavascki, na ADI 4.357, sustenta que a “emenda constitucional tendente a abolir os princípios e institutos a que se refere § 4º do art. 60 da Constituição é a que os atinge em seus alicerces fundamentais e estruturantes, ou seja, em seu ‘núcleo essencial’”⁸⁸. Assim, ampara no texto constitucional, que utiliza a expressão “tendente a abolir” em seu art. 60, § 4º, a ideia de que o poder de reforma não pode mexer no núcleo essencial das cláusulas pétreas.

Por fim, como último elemento levantado nos votos que contribui para a definição das cláusulas pétreas em geral, há a discussão entre Zavascki e Mendes, na ADI 4.357, sobre a natureza do poder constituinte que fez a Constituição de 1988. Como será exposto mais adiante, Zavascki se baseia na ideia de que a atual Constituição brasileira foi feita por poder constituinte derivado, e isso influencia no seu raciocínio pela exclusão do direito adquirido do rol de cláusulas pétreas. No entanto – e é aqui que essa discussão entra na conceituação das cláusulas pétreas em geral –, se esse argumento for levado adiante, pode até mesmo significar a inexistência de cláusulas pétreas. Afinal, se o poder constituinte que elaborou a Constituição de 1988 não é originário, não há nada que legitime a imposição de limites juridicamente intransponíveis ao poder de reforma, porque eles são hierarquicamente nivelados. Zavascki não enfrenta essa possível consequência de seu argumento, e, de qualquer maneira, a própria existência das cláusulas pétreas não é questionada por nenhum ministro nos acórdãos analisados pela pesquisa.

Portanto, o conceito e o alcance das limitações materiais ao poder de reforma foram discutidos em 71% das ações em que se decidiu o mérito. No entanto, apenas 25% dos votos analisados trataram dessa questão, o que mostra que poucos ministros se esforçaram em definir o conceito geral – o

⁸⁸ ADI 4.357, p. 211.

“todo”, como coloca Moraes⁸⁹ – de cláusula pétrea antes de aplicá-lo a um caso específico. Além disso, as definições serviram apenas para dar um panorama geral sobre o alcance das cláusulas pétreas, com base na ideia de que elas imobilizam apenas o núcleo dos princípios e institutos que protegem. Outras definições mencionadas isoladamente por alguns ministros não oferecem mais material para a sua delimitação, por utilizarem termos com alto grau de indeterminação.

Contudo, o que me parece ser o dado mais relevante coletado por meio da subpergunta 1.1 é o fato de pouquíssimos ministros terem expressamente citado o art. 60, § 4º, como fonte das limitações materiais ao poder de reforma. Isso poderia ser explicado pelo fato de isso ser um dogma importante do controle de emendas, quase óbvio, sendo desnecessário que os ministros repetissem essa premissa a cada voto, em cada julgamento.

No entanto, essa hipótese é fortemente contrariada pelos dados que serão apresentados no decorrer do capítulo, segundo os quais os ministros frequentemente exercem o controle de emendas com base em normas constitucionais que, diante de uma interpretação restritiva dos incisos do art. 60, § 4º, não podem ser neles incluídos, assim como pela ampliação do alcance dos limites materiais, neles incluindo direitos e garantias *fundamentais*, o que é feito por mais de um ministro. Assim, combinada com essas conclusões, a baixa incidência de menções expressas ao art. 60, § 4º, como fonte das cláusulas pétreas no direito positivo, em vez de sinalizar uma compreensão sedimentada no tribunal, dá lugar a uma insegurança quanto a se, de fato, os ministros do STF entendem que o controle material de emendas só pode se dar com base no referido dispositivo constitucional.

3.2.2. As definições de cada uma das cláusulas pétreas

⁸⁹ Em sua monografia, Moraes questiona: “como se pode classificar a parte sem se ter o conceito do todo? Ou seja, como o STF pode afirmar que determinado princípio ou regra é uma cláusula pétrea sem possuir um conceito claro de cláusulas pétreas?” (MORAIS, Laio Correia. O Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas? Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2011, p. 58).

Passo, agora, a tratar da definição de cada “gênero” de cláusula pétrea, isto é, de cada uma das cláusulas listadas nos incisos do art. 60, § 4º. Nesta seção 3.2.2, tratarei das cláusulas pétreas da forma federativa de Estado (subseção 3.2.2.1), da separação dos Poderes (subseção 3.2.2.2) e dos direitos e garantias individuais (subseção 3.2.2.3). A cláusula pétrea do voto direto, secreto, universal e periódico (art. 60, § 4º, II) não foi mencionada e nem discutida em nenhum dos acórdãos⁹⁰. Além dos gêneros dos incisos I, III e IV do § 4º do art. 60, há uma breve seção sobre as cláusulas pétreas implícitas (subseção 3.2.2.4) – os ministros mencionam apenas uma.

Antes de iniciar a apresentação dos resultados referentes a cada uma das cláusulas pétreas listadas no art. 60, §4º, é preciso fixar uma premissa. As afirmações que farei a seguir serviram apenas de base para uma escolha metodológica referente à disposição dos resultados. Elas não dizem respeito a qualquer visão doutrinária ou dos ministros que eu esteja aplicando ao presente trabalho⁹¹.

Há uma diferença entre o que eu entendi compor a definição da forma federativa de Estado e da separação de Poderes daquilo que eu entendi ser a definição da cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais. Quando o art. 60, § 4º, IV, fala em “direitos e garantias individuais”, ele parece remeter, de certa forma, a uma lista de direitos e garantias. Parece-me, no entanto, que a *definição* de “direitos e garantias individuais” não consiste na listagem, ou na soma, dos direitos e garantias individuais contidos na Constituição. Os direitos e garantias individuais são uma categoria autônoma, que deve ser definida em nível abstrato⁹², e nela entrariam cada direito e garantia previsto na Constituição que se encaixassem na definição.

⁹⁰ Houve, contudo, um argumento em específico, no voto de Cármen Lúcia na ADI 4.307, que pareceu se referir ao art. 60, § 4º, II, embora não o tenha citado expressamente. Ela fala em *princípio constitucional imodificável* “da fonte única e soberana de representação popular pela atuação direta, universal e secreta do cidadão eleitor” (ADI 4.307, p. 21). É a única menção que se aproxima de tratar do inciso II.

⁹¹ Embora Gilmar Mendes, em uma discussão na ADI 3.138, p. 25, apresente concepções semelhantes, como será mostrado mais adiante.

⁹² A mero título de exemplo, poder-se-ia dizer que os direitos individuais são aqueles que são “escassos”, não podendo ser ao mesmo tempo titularizados por mais de um indivíduo, como o direito à vida e à propriedade privada. A discussão sobre esse tema é extremamente complexa, tanto pela via filosófica quanto, eventualmente, se ela fosse empreendida pelos ministros do STF, pela via jurídica. Como o objetivo deste trabalho é outro, basta que a leitora

A forma federativa de Estado e a separação dos Poderes também podem ser definidas como categorias autônomas – poder-se-ia definir a forma federativa de Estado como aquela em que o poder político é dividido em três esferas de poder, com atribuições *condizentes* às capacidades de cada ente, visando à máxima descentralização do poder (isso é apenas um exemplo do que seria uma definição abstrata) –, sendo que cada instituto constitucional seria considerado como componente desse gênero de cláusula pétrea se ele se encaixasse na definição. Contudo, também me parece possível, e até mais razoável, construir o conteúdo desses dois gêneros de cláusula pétrea a partir da listagem de seus institutos, incluindo cada um deles na composição do limite material. Isso porque uma definição abstrata desses conceitos *enquanto limites materiais ao poder de reforma* – como é possível perceber pela definição que utilizei de exemplo – dificilmente contemplaria todas as possíveis mudanças na organização dos entes federados e dos Poderes do Estado.

Além disso, de alguma forma, a aplicação direta dos “direitos e garantias individuais” às emendas não faz sentido, porque eles sempre podem ser especificados em direitos ou garantias específicos – o direito à vida e a garantia do devido processo legal, por exemplo⁹³. Por outro lado, a cláusula pétrea da forma federativa do Estado, embora também possa ser aplicada indiretamente, por meio de um princípio – como o da imunidade tributária recíproca entre os entes –, muitas vezes só ganha aplicabilidade pelo confronto entre a situação anterior à emenda e a situação posterior, ou pela criação de um novo instituto específico para a resolução da questão da constitucionalidade da emenda. O mesmo se aplica à cláusula pétrea da separação dos Poderes.

Esse entendimento é externado por Gilmar Mendes na ADI 3.138, na qual ele afirma que, “nos direitos e garantias individuais, (...) [os ministros têm] uma definição mais precisa [do que na forma federativa de Estado e na

ou o leitor entendam a diferenciação que estabeleço entre a *conceituação* de “direito individual” ou de “garantia individual” e a *listagem* de direitos individuais ou de garantias individuais.

⁹³ Não é razoável dizer que uma emenda é inconstitucional por “ferir um direito individual”, e nada mais. É preciso dizer *qual direito (ou garantia) individual* a emenda fere.

separação dos Poderes], porque (...) [se está] a falar de cada um dos direitos individualmente, então, a parametrização é mais precisa”⁹⁴.

Essa diferenciação é apenas uma explicação da escolha metodológica de incluir tudo aquilo que é afirmado como componente das cláusulas pétreas da forma federativa de Estado e da separação de Poderes na *definição* desses dois gêneros de cláusula pétrea. Isso porque as cláusulas dos incisos I e III tendem a ser definidas pela soma dos institutos que, caso a caso, vão sendo incluídos em sua composição, enquanto os componentes dos direitos e garantias individuais não compõem a *definição* de “direitos e garantias individuais”, mas sim uma *lista* de direitos e garantias individuais. Até por isso, neste subcapítulo (3.2.3), trato de uma série de conceitos que podem ser entendidos como componentes das cláusulas pétreas da forma federativa de Estado e da separação dos Poderes, mas não de conceitos que são componentes da cláusula dos direitos e garantias individuais. Isso ocorre justamente porque, para definir as duas primeiras, me parece necessário expor tudo o que foi utilizado para delimitar os seus conceitos, enquanto a listagem dos institutos que compõem a última não diz respeito a sua definição.

Ainda sobre a forma federativa de Estado e a separação de Poderes, é preciso adiantar que, ao discutir a definição que lhes foi dada pelos ministros⁹⁵, eu considereei que todas as considerações que fossem feitas sobre esses dois princípios – assim como sobre as várias expressões que são usadas para designá-los – se referiam à sua definição como cláusulas pétreas, mesmo quando eles não fossem expressamente mencionados como tal. Isso porque ambos os princípios estão expressamente previstos nos incisos I e III do art. 60, § 4º, de modo que é difícil sustentar que a definição deles não condiga com a sua definição enquanto limites materiais. De qualquer modo, eu fiz a devida diferenciação entre menções explícitas a esses princípios enquanto cláusulas pétreas e as menções que não os definiram como tais, de

⁹⁴ ADI 3.138, p. 25.

⁹⁵ Nos moldes da subpergunta 2.2.

modo que a leitora ou o leitor poderão ter ciência das informações empíricas que os acórdãos oferecem.

Antes de passar às subseções sobre cada cláusula pétrea tratada pelos ministros, é preciso registrar o panorama geral da definição de cada uma das cláusulas pétreas nos julgamentos analisados. Em quatro ações – o que representa 57% do total de sete decisões que se basearam na discussão de constitucionalidade material – houve um esforço de definir o conteúdo de algum gênero de cláusula pétrea: nas ADIs 2.024, 2.395, 3.138 e 4.357. No total, foram 14 votos os que buscaram preencher o conteúdo de alguma cláusula pétrea⁹⁶, o que representa 39% do total de 36 que se somam nas sete decisões. Ainda, três discussões também abrigaram esse tipo de debate⁹⁷, o que significa 75% do total de discussões em todos os acórdãos. Como se vê, mais de metade das ações contém definições sobre o tema, mas apenas dois quintos dos votos, contabilizados individualmente, abarcam alguma consideração sobre a definição em abstrato de algum dos gêneros de cláusula pétrea.

Cabe adiantar a resposta à subpergunta 1.2.2, que indaga se os ministros declaram inconstitucionalidades materiais – ou dão à emenda interpretação conforme à Constituição – mesmo quando não definem os gêneros de cláusula pétrea que estão aplicando. A resposta é afirmativa: a declaração de inconstitucionalidades materiais ocorreu, na maioria das vezes, sem definição do gênero de cláusula pétrea utilizado para impugnar a emenda. Houve um total de 15 votos, dentre os 39 analisados, que declararam alguma inconstitucionalidade material na emenda atacada, ou que, ao menos, definiram uma interpretação da emenda conforme à Constituição (o que, de certa forma, é a impugnação de um ou mais modos de interpretar a emenda). Dentre eles, 10 não fizeram qualquer consideração geral sobre qualquer dos gêneros de cláusula pétrea, o que corresponde a 67% dos votos. Para confirmar o dado, busquei considerações que os ministros tivessem feito nas discussões da ação em que declararam a

⁹⁶ Pertence, na ADI 2.024, Mendes, Lewandowski, Peluso e Celso de Mello, na ADI 2.395, Cármen Lúcia, Lewandowski, Britto, Mendes e Marco Aurélio, na ADI 3.138, e Britto, Fux, Zavascki e Weber, na ADI 4.357.

⁹⁷ As das ADIs 2.395, 3.138 e 4.357.

inconstitucionalidade, mas isso não ocorreu para nenhum autor de qualquer dos 10 votos.

Considerando as cinco vezes em que os ministros definiram algum gênero de cláusula pétrea antes de declararem inconstitucionalidade⁹⁸, em apenas duas delas – 13% do total de 15 votos – todas as impugnações se basearam na cláusula pétrea definida em abstrato⁹⁹. Esse é mais um dado que mostra a baixa frequência com que os ministros do STF definem premissas essenciais ao raciocínio que leva à impugnação de uma emenda constitucional.

3.2.2.1. A forma federativa de Estado

Começo, então, pelas discussões referentes à forma federativa de Estado, petrificada pelo inciso I do § 4º do art. 60. Ela foi objeto de discussão aprofundada em três ações: na ADI 2.024, que impugnava a EC 20/98, na parte em que previa a aplicação do regime geral de previdência social aos servidores públicos que ocupassem cargos comissionados ou temporários; na ADI 2.395, que impugnava a EC 15/96, que estabeleceria requisitos para a criação, fusão, incorporação de desmembramento de municípios; e na ADI 3.138, que impugnava a EC 41/03, na parte em que ela fixou como alíquota mínima para a contribuição previdenciária dos estados, municípios e Distrito Federal a alíquota que fosse estabelecida para os servidores da União.

A cláusula pétrea da forma federativa de Estado foi aplicada tanto a argumentos em favor de declarações de inconstitucionalidade material quanto a argumentos contrários. Ao votarem pela inconstitucionalidade da

⁹⁸ Para esclarecer, houve 14 votos, entre todos os 36 dos julgamentos que decidiram o mérito, que deram algum tipo de definição sobre algum dos gêneros de cláusulas pétreas, mas, dentre o 15 votos que julgaram as emendas no sentido de declarar a sua inconstitucionalidade – ou de fazer interpretação conforme à Constituição –, apenas cinco o fizeram.

⁹⁹ Preenchem as três situações citadas (nenhuma definição, em 10 votos; definição sem contemplar todas as impugnações, em três votos; e definição que valeu para todas as impugnações, em dois votos), respectivamente: Marco Aurélio, nas ADIs 2.395, 3.104 e 4.357, Britto, na ADI. 3104, Mendes, na ADI 4.357, Toffoli, na ADI 4.357, Cármen Lúcia, nas ADIs 4.357 e 4.307, Lewandowski, na ADI 4.357, e Barbosa, na ADI 4.357; Britto, na ADI 4.357, Fux, na ADI 4.357, e Weber, na ADI 4.357; e Britto, na ADI 3.138, e Marco Aurélio, na ADI 3.138.

EC 41/03, na ADI 3.138, Ayres Britto e Marco Aurélio afirmam explicitamente que a forma federativa de Estado – mencionada em outros termos – é um limite material ao poder de reforma. Marco Aurélio também o faz na ADI 2.395, ao votar pela inconstitucionalidade da EC 15/96. Em dois dos votos citados¹⁰⁰, afirmam que ela está contida no art. 60, § 4º, I, e, no outro, que ela “é cláusula pétrea”¹⁰¹. Já em argumentos que rejeitavam alegações de inconstitucionalidade, a forma federativa de Estado foi aplicada em treze oportunidades diferentes – entre votos e discussões –, sendo que em oito delas foi expressamente mencionada como cláusula pétrea.

Destaca-se entre as várias definições acerca da cláusula pétrea da forma federativa de Estado o fato de os ministros afirmarem reiteradamente que se deve compreender esse limite material a partir do que a própria Constituição prevê sobre o tema. A autonomia dos entes federativos, embora seja reconhecida como um dos elementos centrais do federalismo, não foi delimitada de maneira abstrata com muita profundidade. Na maioria das vezes, houve apenas uma explicação sobre o porquê de a alteração de certa norma ou certo princípio ferir ou não ferir a autonomia dos entes, mas sem tentativas de generalização dessa definição, o que serviria para dar mais certeza sobre até onde vai a proteção dessa autonomia. Talvez o entendimento de que o Brasil se organiza em um federalismo de cooperação, apresentado em diversos votos, seja o que mais oferece material para a previsão sobre como os ministros decidirão futuramente em casos de emendas que centralizem poder na União.

Também no sentido de justificar a centralização, foram mencionados o equilíbrio fiscal, que, para alguns ministros, é mais bem preservado quando a União exerce controle sobre os gastos dos estados, e as implicações que algumas decisões em matéria de federalismo – e se destaca aqui a EC 15/96, que tratava da criação de municípios – têm para os outros entes.

Vale, ainda, registrar que o princípio da imunidade tributária recíproca entre os entes da Federação – restrito apenas a impostos – foi mencionado

¹⁰⁰ Marco Aurélio, na ADI 2.395, p. 25, e Ayres Britto, ADI 3.138, p. 18.

¹⁰¹ Marco Aurélio, na ADI 3.138, p. 23.

como cláusula pétrea, e que um dos ministros manifestou entender que o Congresso Nacional não tem a competência de restringir competências que a Constituição originária expressamente conferiu aos estados.

Na ADI 2.024, julgada em 3 de maio de 2007, discutia-se a redação que a EC 20/98 deu ao art. 40, § 13, da Constituição. A alteração promovida pelo Congresso Nacional determinou a aplicação do regime geral da previdência social também aos servidores públicos que ocupassem cargos em comissão ou cargos temporários. A alegação do governador do Mato Grosso do Sul, requerente da ação, foi justamente de violação da forma federativa de Estado, petrificada pelo art. 60, § 4º, I, da Constituição. O acórdão contém apenas os votos do relator, Sepúlveda Pertence, e de Ayres Britto. A ação foi unanimemente julgada improcedente.

Na ADI 2.024, que tem apenas dois votos, somente o relator, Sepúlveda Pertence, buscou definir o conceito de “modelo federativo”¹⁰² ou “forma federativa do Estado”¹⁰³. A definição de Pertence é bem básica: segundo ele, o modelo federativo não é “aquele abstrato ou ideal, mas sim o definido pela própria Constituição”¹⁰⁴, de modo que é preciso “tomar como parâmetro os contornos previstos na própria Constituição”¹⁰⁵. Isso porque a Constituição não pretendeu imobilizar, como limites materiais, “tipos ideais de princípios e instituições”¹⁰⁶, “mas sim as decisões políticas fundamentais (...) que se materializaram no seu texto positivo”¹⁰⁷. Assim, tem-se aqui mais um indicativo de onde se deve buscar a definição do modelo federativo do que propriamente dos seus aspectos específicos, como os institutos que ele protege.

Pertence também menciona o princípio da imunidade tributária recíproca entre os entes como um “princípio básico da Federação”¹⁰⁸. Isso ele faz citando o parecer da PGR, que nessa parte cita seu voto no julgamento

¹⁰² ADI 2.024, p. 8.

¹⁰³ ADI 2.024, p. 8.

¹⁰⁴ ADI 2.024, p. 8.

¹⁰⁵ ADI 2.024, p. 8.

¹⁰⁶ ADI 2.024, p. 8.

¹⁰⁷ ADI 2.024, p. 8.

¹⁰⁸ ADI 2.024, p. 10.

da cautelar, na mesma ADI 2.024¹⁰⁹. Segundo o voto de Pertence na cautelar, o princípio da imunidade tributária recíproca justificou a suspensão da EC 03 pela ADI-MC 926, mas o caso era de imposto, de modo que, “[a]inda que se possa entendê-lo aplicável também a outras exações tributárias de natureza similar, à primeira vista, não parece ser o caso da contribuição estatal à previdência social de servidores e empregados públicos”¹¹⁰. Como se vê, Pertence afirma explicitamente que considera o princípio “da imunidade tributária recíproca entre os entes estatais”¹¹¹ uma cláusula pétrea. Ele apenas faz o esclarecimento – suficiente para que a emenda julgada não se subsuma à hipótese de limitação material – de que o princípio vale apenas para impostos, categoria à qual essa contribuição previdenciária não pertence.

A ADI 3.138, julgada em 14 de setembro de 2011, buscava impugnar a redação dada pela EC 41/03 ao art. 149, § 1º, da Constituição. A Associação dos Magistrados do Brasil – AMB alegava que a previsão de que os estados, municípios e Distrito Federal teriam que instituir a contribuição previdenciária dos servidores públicos com uma alíquota que não fosse inferior àquela adotada para os servidores da União feria “o pacto federativo, o princípio do equilíbrio atuarial e a autonomia dos Estados”¹¹². A ação foi julgada improcedente por maioria, ficando vencidos Ayres Britto e Marco Aurélio.

Na ADI 3.138, cinco votos dão contornos mais claros à cláusula pétrea da forma federativa de Estado. Alguns deles não chegam a citá-la expressamente como cláusula pétrea, mas ainda assim tratam do conteúdo do “princípio federativo” ou da “Federação”, como é frequentemente referida, de modo que é possível imaginar que o que dizem sobre isso vale para conceituar o art. 60, § 4º, I.

A relatora Cármen Lúcia, em seu voto, não cita expressamente o “pacto federativo”¹¹³ como limite material, mas lhe dá algum conteúdo. Ela afirma

¹⁰⁹ Antes do julgamento definitivo, a ADI 2.024 já havia sido julgada liminarmente, em outubro de 1999, quase oito anos antes.

¹¹⁰ ADI 2.024, p. 10.

¹¹¹ ADI 2.024, p. 10.

¹¹² ADI 3.138, p. 3.

¹¹³ ADI 3.138, p. 6.

que a limitação de alíquota pela União já existe “para outros impostos”¹¹⁴, de modo que também poderia ser instituída para a contribuição previdenciária dos servidores dos demais entes. Além disso, Cármen Lúcia, com base nos princípios da solidariedade e da contributividade que identifica existirem no sistema previdenciário brasileiro, extraindo-os do art. 201, § 9º¹¹⁵, afasta a alegação de que a fixação de alíquota mínima viola a autonomia dos estados¹¹⁶. Aqui, a ministra utiliza dois princípios para justificar a mitigação de outro¹¹⁷, mas sem explicar em que medida se pode reduzir a autonomia de entes federativos em prol da solidariedade entre eles e do princípio da contributividade.

Em seu voto, Cármen Lúcia trata de uma questão que foge um pouco da conceituação da cláusula pétrea forma federativa de Estado, mas que tem implicações importantes para o controle de emendas, e que eu relatarei aqui brevemente. Cármen Lúcia afirma que, ao exercer o poder de reforma, o Congresso Nacional não está exercendo a competência legislativa da União, de modo que não está preso às competências que a Constituição reserva à União. Note-se: isso não significa que o Congresso Nacional poderia transferir uma série de competências estaduais para o legislativo da União (ponto no qual Cármen Lúcia não toca); significa apenas que os artigos da Constituição que distribuem competência não se aplicam ao Congresso quando este exerce o poder de reforma. Ao que parece, Ricardo Lewandowski não partilha dessa visão, porque afasta a inconstitucionalidade dizendo que o dispositivo questionado (isto é, o dispositivo da emenda) estava estabelecendo norma geral, o que a União fez “no exercício de sua competência concorrente”¹¹⁸. Ou seja, do voto de Lewandowski, extrai-se que o ministro poderia, em outras circunstâncias, entender que uma emenda é inconstitucional por ela regular matéria reservada a outros entes. Diferentemente de Cármen Lúcia, para quem as matérias que podem ser tratadas pelo poder de reforma não têm a

¹¹⁴ ADI 3.138, p. 6.

¹¹⁵ O art. 201, § 9º, quando a ação foi julgada, tinha a redação que lhe fora dada pela EC 20/1998. A EC 103/2019 alterou levemente a sua redação.

¹¹⁶ ADI 3.138, p. 11.

¹¹⁷ Afinal, não é possível negar que a emenda reduziu a autonomia dos estados (e dos municípios e do Distrito federal); a questão é se fez isso de modo a violar cláusula pétrea.

¹¹⁸ ADI 3.138, p. 17.

ver com a competência de cada ente, Lewandowski indica que as emendas constitucionais também não podem extrapolar as competências atribuídas à União. Marco Aurélio entende a questão da mesma forma que Lewandowski, como mostra ao afirmar que não se pode “admitir que o Estado, que a União, por meio de emenda constitucional”¹¹⁹, balize “tributos de competências diversas”¹²⁰. Para Marco Aurélio, a União regeu “matéria que está ligada ao pessoal do Estado[-membro]”¹²¹, emendando artigo que “apenas previu que os estados poderiam – não impôs, sequer, a criação – criar a contribuição a ser satisfeita pelos respectivos servidores”¹²².

Essa discussão – sobre se o Congresso atua como *Legislativo da União* ao emendar a Constituição ou se o faz como *poder de reforma* –, embora diga respeito a uma questão de vício formal, tem implicações importantes para o controle de emendas constitucionais. Afinal, se o entendimento de Cármen Lúcia for predominante no tribunal, o Congresso Nacional deixa de ficar limitado às competências legislativas atribuídas à União pela Constituição Federal, podendo legislar em todas as matérias desde que o faça em forma de emenda constitucional. Evidentemente, sempre será possível que o STF identifique violação da forma federativa de Estado em alterações que mitiguem excessivamente a autonomia dos entes federativos. No entanto, não haverá impossibilidade apriorística de o Congresso legislar no campo de competência estadual ou municipal.

Ainda na ADI 3.138, Lewandowski afasta a alegação de ofensa ao “princípio federativo”¹²³, uma vez que “a higidez orçamentária e também o equilíbrio atuarial no campo previdenciário é [*sic*] de interesse de todos os entes federativos”¹²⁴. Aqui, Lewandowski definiu o alcance da cláusula pétrea da forma federativa de Estado – embora não a cite expressamente como cláusula pétrea – com base no “interesse” dos entes federativos. Ao que parece, quando interesses de todos os entes estão em jogo, não há problema em serem editadas normas de eficácia nacional. Gilmar Mendes, na mesma

¹¹⁹ ADI 3.138, p. 24

¹²⁰ ADI 3.138, p. 24.

¹²¹ ADI 3.138, p. 24.

¹²² ADI 3.138, p. 24.

¹²³ ADI 3.138, p. 17.

¹²⁴ ADI 3.138, p. 17.

linha, afirma que o sistema brasileiro de "federalismo cooperativo"¹²⁵ tem uma "interpenetração"¹²⁶, assim como "diretivas concernentes à (...) ideia de responsabilidade fiscal"¹²⁷.

Ayres Britto, em seu voto, diz expressamente que o "regime federativo"¹²⁸ é cláusula pétrea "em linha de princípio"¹²⁹, com base no art. 60, § 4º, I. Ele parece indicar que a ausência de previsão, na Constituição originária, de alíquota mínima de contribuição para qualquer dos entes federativos é causa para a inconstitucionalidade da emenda, assim como a previsão do art. 25, segundo o qual os estados "se regeriam pelas constituições e leis que adotassem, observados apenas os princípios da Constituição"¹³⁰. Ayres Britto afirma que "a autonomia dos chamados entes periféricos da Federação, para instituir o seu regime próprio de previdência, alcança a determinação do percentual contributivo"¹³¹.

Marco Aurélio define a cláusula da "preservação da Federação"¹³² de maneira mais genérica, dizendo que, na federação, os estados têm autonomia governamental e autonomia normativa relativa¹³³. Além disso, ele afirma que não é "possível o legislador constituinte de emenda vincular a atuação do Estado, que se quis livre – a teor do § 1º do artigo 149 – a singularidades observadas pela União"¹³⁴, e nem, "mediante emenda constitucional, esvaziar-se até mesmo a legitimação concorrente prevista no artigo 24, segundo a qual – como está no 149, § 1º – cabe ao Estado[-membro] normatizar no campo da previdência social"¹³⁵ (para ele, a fixação de alíquota mínima não é princípio geral, o que seria de competência da União). Portanto, de acordo com Marco Aurélio, o limite material da forma federativa de Estado também protege as competências dos estados contra o poder de reforma.

¹²⁵ ADI 3.138, p. 21.

¹²⁶ ADI 3.138, p. 21.

¹²⁷ ADI 3.138, p. 21.

¹²⁸ ADI 3.138, p. 18.

¹²⁹ ADI 3.138, p. 18.

¹³⁰ ADI 3.138, p. 18.

¹³¹ ADI 3.138, p. 20.

¹³² ADI 3.138, p. 23.

¹³³ ADI 3.138, p. 23.

¹³⁴ ADI 3.138, p. 23.

¹³⁵ ADI 3.138, p. 23.

Afinal, não é “possível o legislador constituinte de emenda vincular a atuação do Estado, que se quis livre”¹³⁶.

Ainda na ADI 3.138, na parte do acórdão reservada para o voto de Celso de Mello, vários ministros se envolvem num debate sobre o conceito da cláusula pétrea da forma federativa do Estado. Nenhuma das falas de Celso de Mello consta do acórdão, de modo que tudo o que o documento oferece são as manifestações dos outros ministros. É possível assistir ao voto de Celso de Mello na *internet*, mas eu optei por não o analisar, pela necessidade de manter um material de pesquisa uniforme, muito embora tenha sido possível observar, pelo vídeo do julgamento, que seu voto teria conteúdo pertinente para a definição da cláusula pétrea da forma federativa de Estado.

Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia foram os ministros que se envolveram nessa discussão em torno do voto de Celso de Mello¹³⁷.

Em sua primeira fala na discussão, Gilmar Mendes afirma que os ministros precisam “identificar, (...) a partir do 60, § 4º”¹³⁸, o núcleo essencial dos princípios federativo, da separação dos Poderes e dos direitos e garantias individuais. E aqui ele faz a consideração que mencionei no início deste subcapítulo:

Mas, nos direitos e garantias individuais, nós temos uma definição mais precisa, porque estamos a falar de cada um dos direitos individualmente, então, a parametrização é mais precisa. Agora, em se tratando do princípio federativo, objeto então, agora, da preocupação, nós precisamos eleger qual é esse núcleo essencial.¹³⁹

Segundo ele, os ministros precisam “ter a visão normativa desse princípio federativo, tendo em vista as várias prescrições constitucionais existentes”¹⁴⁰. Essa fala mostra uma preocupação explícita com a definição de cada uma das cláusulas pétreas (as dos incisos I, III e IV do art. 60, § 4º). Após essa introdução, na sequência de sua própria fala e nas falas

¹³⁶ ADI 3.138, p. 23.

¹³⁷ Ayres Britto também se manifestou, em dois momentos: o primeiro pronunciamento não tem conteúdo relevante para a subpergunta aqui abordada (ADI 3.138, p. 25) e o segundo, assim como as falas de Celso de Mello, aparece como “CANCELADO” (ADI 3.138, p. 31).

¹³⁸ ADI 3.138, p. 25.

¹³⁹ ADI 3.138, p. 25.

¹⁴⁰ ADI 3.138, p. 25.

seguintes de outros ministros, surgem considerações sobre as formas de interpretar o federalismo brasileiro.

Especificamente sobre o “princípio federativo”, é possível apontar quatro características das primeiras considerações de Gilmar Mendes. Primeiro, que ele cita momentos em que o STF já fez considerações sobre o princípio e exemplos que ele considera importantes para definir o federalismo em nossa Constituição. Ele fala de algumas alterações normativas anteriores¹⁴¹ que, segundo ele, não foram acusadas de serem intervenções inconstitucionais¹⁴². Em segundo lugar, ele faz considerações em nível mais abstrato sobre o federalismo brasileiro, mencionando Sepúlveda Pertence, sem citá-lo diretamente, segundo o qual “há um mínimo de ‘centralidade’ ou de ‘centralismo’, que tem um alto alcance republicano”¹⁴³. Ou seja, segundo Mendes, Pertence destacaria esse centralismo como algo positivo. Mendes também afirma que “a questão federativa”¹⁴⁴ tem “múltiplos alcances”¹⁴⁵: “o alcance no que diz respeito a uma administração participativa, a chamada divisão de poderes no plano vertical, a locação [*sic*] de poderes nesse plano”¹⁴⁶, que reforça o processo democrático, e também a busca de “finanças híginas para todos”¹⁴⁷. Em terceiro lugar, ao tratar da higidez das finanças, ele menciona Konrad Hesse, em um argumento muito semelhante àquele da ADI 4.357, no qual ele cita o mesmo autor. Segundo Mendes, Hesse

dizia da necessidade de que o próprio estado de necessidade se tivesse regulado: ‘É melhor que se regule juridicamente esse tipo de situação do que termos que aceitar a normatividade dos fatos’. Porque ele dizia de forma muito clara: ‘Necessidade não conhece princípio’.¹⁴⁸

E, como quarta característica dessas primeiras considerações de Gilmar Mendes sobre a definição em abstrato do princípio federativo, está a sua afirmação de que se deve considerar o que o próprio texto da Constituição já definiu sobre o federalismo cooperativo “para ter um pouco de marco

¹⁴¹ Ele se refere explicitamente às alterações concernentes ao SUS, ao Fundef e ao Fundeb.

¹⁴² ADI 3.138, p. 25-26.

¹⁴³ ADI 3.138, p. 26.

¹⁴⁴ ADI 3.138, p. 26.

¹⁴⁵ ADI 3.138, p. 26.

¹⁴⁶ ADI 3.138, p. 26.

¹⁴⁷ ADI 3.138, p. 26.

¹⁴⁸ ADI 3.138, p. 27.

teórico em torno desse princípio federativo”¹⁴⁹. Ligando isso com o caso da emenda, ele afirma que “[n]ão se trata de uma norma exótica e estranha à modelagem institucional do sistema federativo”¹⁵⁰.

Lewandowski trata da mesma questão, fazendo considerações sobre o modelo brasileiro de federalismo, que seria, de acordo com os acadêmicos, um “federalismo de cooperação”¹⁵¹ ou até “de integração”¹⁵², e sobre a necessidade de centralização que ele afirma existir para que haja equilíbrio fiscal nos estados, o que ele sustenta citando a “intensa centralização”¹⁵³ que “o federalismo norte-americano (...) passou a sofrer”¹⁵⁴ após a crise de 1929.

Gilmar Mendes, em outra fala, trata de dois pontos que merecem destaque. Em primeiro lugar, ele conclui – e a conclusão é mais importante do que o restante da fala – que acha importante que os ministros discutam “um modelo, seja de divisão de poderes, seja do princípio federativo, à luz da base positiva do Texto Constitucional”¹⁵⁵. Em segundo lugar, como mais um aspecto específico do federalismo brasileiro, Mendes menciona o direito alemão, no qual, segundo Mendes, diz-se que, havendo “esse modelo da competência concorrente, que invoca uma legislação complementar necessária, a União deveria limitar-se a proceder a edição de normas gerais”¹⁵⁶. O problema disso, segundo Gilmar Mendes, é que, muitas vezes, há “a exaustão, por parte da União, desta competência”¹⁵⁷.

Cármem Lúcia, na fala seguinte, dá sequência ao argumento de Mendes, afirmando que “a federação é o que a Constituição diz que ela é, e os espaços de autonomia são diferentes”¹⁵⁸. “A federação dá o espaço de autonomia a cada um dos entes, mas é a Constituição que diz o que é essa autonomia”¹⁵⁹. A ministra afirma expressamente ter baseado seu voto no

¹⁴⁹ ADI 3.138, p. 27.

¹⁵⁰ ADI 3.138, p. 27.

¹⁵¹ ADI 3.138, p. 27.

¹⁵² ADI 3.138, p. 27.

¹⁵³ ADI 3.138, p. 28.

¹⁵⁴ ADI 3.138, p. 28.

¹⁵⁵ ADI 3.138, p. 30.

¹⁵⁶ ADI 3.138, p. 29.

¹⁵⁷ ADI 3.138, p. 29.

¹⁵⁸ ADI 3.138, p. 30.

¹⁵⁹ ADI 3.138, p. 30.

entendimento de que o constituinte derivado buscou promover um sistema previdenciário integrado.

Por fim, Lewandowski afirma que a federação brasileira “nasceu de um Estado centralizado e se descentralizou”¹⁶⁰, sem explicar por que razão isso importa para a aplicação da cláusula pétrea da forma federativa de Estado. Ainda segundo Lewandowski, os ministros não podem “raciocinar (...) com modelos alienígenas, sobretudo com o modelo norte-americano”¹⁶¹, no que é mais uma referência à necessidade de se compreender o federalismo como aquele estabelecido na Constituição.

O que se percebe, ao menos pelo acórdão, é que quatro ministros se envolvem mais detidamente nessa discussão para definir o federalismo brasileiro – Celso de Mello e os três que tiveram falas transcritas. Eles estabeleceram alguns parâmetros para o entendimento do princípio federativo – e também da separação dos Poderes, o que será discutido mais adiante –, dentre os quais se destaca a ideia de que a cláusula pétrea da forma federativa de Estado deve ser entendida com base no modelo constitucionalmente previsto para o federalismo brasileiro, e não em formulações teóricas ideais.

Por fim, a ADI 2.395, julgada no dia 9 de maio de 2007, impugnava a redação que a EC 15/96 deu ao art. 18, § 4º, da Constituição. A requerente alegava a inconstitucionalidade das novas exigências para a criação, a fusão, a incorporação e o desmembramento de municípios¹⁶², afirmando que elas violavam a forma federativa de Estado, cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, I. A ação foi julgada improcedente, ficando vencido apenas Marco Aurélio. O acórdão tem quatro votos, entre os sete transcritos no acórdão, que tratam de definições gerais acerca da limitação material que protege a forma federativa de Estado, além das falas que foram registradas como discussão.

O relator Gilmar Mendes, em seu voto, cita a ementa da ADI-MC 2.381, que faz referência expressa à “forma federativa de Estado” incluída no art.

¹⁶⁰ ADI 3.138, p. 31.

¹⁶¹ ADI 3.138, p. 31.

¹⁶² As exigências de que a criação, fusão, incorporação ou o desmembramento ocorram em período a ser definido em lei complementar federal e a de que seja posterior à divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, “apresentados e publicados na forma da lei”.

60, § 4º, I. Antes, no entanto, ele transcreve parte da peça da AGU na ADI 2.395, segundo a qual não é possível considerar leis editadas pela União na “qualidade de legislador nacional”¹⁶³, e que, portanto, se aplicam “de forma uniforme em todo o país”¹⁶⁴, “como ofensivas ao princípio federativo”¹⁶⁵. Mendes, então, cita longo trecho do voto de Sepúlveda Pertence na ADI-MC 2.381. No voto, Pertence expõe o entendimento segundo o qual se protege apenas o núcleo dos limites materiais ao poder de reforma, que, como já foi mostrado, é recorrentemente citado pelos ministros, e o especifica para a cláusula pétrea do federalismo¹⁶⁶. Pertence, então, afirma que os temas relativos aos municípios, por eles serem entes da federação (aqui, ele cita o art. 18 da Constituição), não são “de interesse privativo do Estado-membro”¹⁶⁷. Para Pertence, embora os estados tenham recebido atribuições em relação aos municípios, a “experiência de descentralização (...) teve resultados reconhecidamente desastrosos”¹⁶⁸, e isso mostra que a EC 15/96 não atingiu o núcleo essencial da autonomia dos estados. Mendes, por meio dessa citação de Pertence, indica que as consequências fáticas de um determinado aspecto da organização federativa podem ser consideradas na discussão sobre se ele compõe o núcleo da forma federativa de Estado enquanto cláusula pétrea. Ele reforça essa ideia afirmando que “o legislador constituinte (...) houve por bem adotar novas condições para a criação de municípios, com o objetivo de permitir um adequado desenvolvimento constitucional”¹⁶⁹.

A discussão da ADI 2.395 ocorre justamente em torno do voto de Sepúlveda Pertence, que cita expressamente o princípio federativo como cláusula pétrea e que faz várias considerações semelhantes às citadas por Gilmar Mendes. Segundo Pertence, o princípio federativo é “o modelo de federação da Constituição originária”¹⁷⁰, e

¹⁶³ ADI 2.395, p. 11.

¹⁶⁴ ADI 2.395, p. 11.

¹⁶⁵ ADI 2.395, p. 10.

¹⁶⁶ ADI 2.395, p. 12.

¹⁶⁷ ADI 2.395, p. 12.

¹⁶⁸ ADI 2.395, p. 13.

¹⁶⁹ ADI 2.395, p. 13.

¹⁷⁰ ADI 2.395, p. 43.

é neste modelo positivo que se há de pretender identificar o núcleo do princípio federativo, para saber se nele se compreende a absoluta liberdade do Estado-membro, não só para criar municípios, mas também para ditar normas do processo e dos pressupostos materiais da criação deles.¹⁷¹

Ele reafirma que a criação e a “procriação indiscriminada”¹⁷² dos municípios “não se pode considerar um assunto exclusivo dos Estados-membros”¹⁷³. Pertence ainda afirma que o período estabelecido para a criação de municípios tem “implicações eleitorais, que são também no nosso modelo federativo (...) matéria privativa de competência da União”¹⁷⁴. Ayres Britto, na discussão, ainda destaca a “auto-sustentação financeira”¹⁷⁵ como um pressuposto estabelecido pela Constituição para a criação de novos municípios.

Ainda na ADI 2.395, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso caracterizam um dos aspectos da cláusula pétrea da forma federativa de Estado de forma semelhante. Lewandowski diz que “o Brasil é uma Federação *sui generis*, por ser tridimensional”¹⁷⁶, e o fato de o município ser um ente político autônomo, de acordo com o art. 1º da Constituição, faz com que ele não se sujeite “de forma nenhuma”¹⁷⁷ aos estados, com exceção da elaboração de suas leis orgânicas, que devem observar os princípios das constituições estaduais, por força do art. 29. Assim, Lewandowski afirma que a sujeição dos municípios aos estados é extremamente reduzida, dando a entender que é possível transferir competências por meio das quais os estados controlam os municípios para a União. Na mesma linha, Peluso afirma que “o poder de legislar a respeito [dos municípios] não integra aquele núcleo substantivo da autonomia do Estado”¹⁷⁸, porque sua criação “não é um fato que interesse exclusivamente aos Estados, mas sobretudo e fundamentalmente à Federação, por todas as implicações de ordem jurídica, social, econômica, etc. [sic]”. Aqui, diferentemente de Lewandowski, Peluso não justifica a

¹⁷¹ ADI 2.395, p. 43.

¹⁷² ADI 2.395, p. 43.

¹⁷³ ADI 2.395, p. 43.

¹⁷⁴ ADI 2.395, p. 45.

¹⁷⁵ ADI 2.395, p. 45.

¹⁷⁶ ADI 2.395, p. 15, grifado no voto.

¹⁷⁷ ADI 2.395, p. 15.

¹⁷⁸ ADI 2.395, p. 22.

possibilidade de a União legislar acerca dos municípios pela natureza jurídica destes, mas pelas amplas implicações que essa matéria pode gerar em várias esferas da sociedade.

Celso de Mello faz uma definição mais genérica, citando o “princípio da Federação”¹⁷⁹ explicitamente como limite material ao poder de reforma, e afirmando que ele impede “a pura e simples supressão de nossa organização federativa”¹⁸⁰ e “a restrição do conteúdo inerente à fórmula do Estado Federal”¹⁸¹. Portanto, para Celso de Mello, as cláusulas pétreas protegem a existência da organização federativa (ela não pode ser suprimida) e o conteúdo inerente ao Estado Federal, que ele não especifica.

3.2.2.2. A separação dos Poderes

Passo, agora, a tratar da cláusula pétrea da separação dos Poderes, prevista no art. 60, § 4º, III. Das poucas oportunidades em que ela foi objeto de definição em abstrato, pode-se extrair que os ministros afastam a aplicação de algum modelo ideal de separação dos Poderes, em favor do modelo que foi positivado na Constituição, de forma análoga ao que fazem com a forma federativa de Estado. No entanto, esse modelo não é definido. O único voto que dá algum conteúdo a ele é o de Fux, na ADI 4.357, num argumento que invade a dimensão fática.

Em votos favoráveis a declarações de inconstitucionalidade, a separação dos Poderes foi aplicada sem menção expressa à sua condição de cláusula pétrea duas vezes, nos votos de Britto¹⁸² e Weber¹⁸³ na ADI 4.357. Fux, na mesma ação, expressamente qualificou “a Separação dos Poderes (CF, art. 2º)”¹⁸⁴ como limite material ao poder de reforma da Constituição, nos termos do art. 60, § 4º, III¹⁸⁵.

¹⁷⁹ ADI 2.395, p. 39.

¹⁸⁰ ADI 2.395, p. 39.

¹⁸¹ ADI 2.395, p. 39.

¹⁸² ADI 4.357, p. 46.

¹⁸³ ADI 4.357, p. 277.

¹⁸⁴ ADI 4.357, p. 116.

¹⁸⁵ ADI 4.357, p. 120.

Já em votos contrários a declarações de inconstitucionalidade, o princípio foi utilizado três vezes: duas com menção expressa à sua condição de cláusula pétrea – casos em que a constitucionalidade material foi declarada porque se entendeu que o princípio não foi violado – e uma sem qualquer discussão sobre ele ser cláusula pétrea ou não.

A primeira constatação de se pode fazer por meio da análise dos acórdãos é a de que a separação dos Poderes é tratada de maneira análoga à da forma federativa de Estado, por ser vista, também, como algo que deriva da Constituição, da forma que lhe foi dada pelo direito positivo, e não de um modelo ideal de divisão.

Na ADI 2.024, embora a cláusula pétrea mais importante na discussão da ação seja a da forma federativa de Estado, Sepúlveda Pertence, incidentalmente, trata da separação dos Poderes. Ele cita o parecer da Procuradoria-Geral da República (“PGR”) sobre o caso, segundo o qual a forma federativa de Estado

não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição. Não são tipos ideais de princípios e instituições que é lícito supor tenha a Constituição tido a pretensão de tornar imutáveis, mas sim as decisões políticas fundamentais (...) que se materializaram no seu texto positivo”.¹⁸⁶

O parecer afirma que o mesmo que ocorre com a forma federativa de Estado “sucede com o princípio da separação dos Poderes”¹⁸⁷.

Na ADI 3.138, a discussão tem comentários sobre a cláusula pétrea da separação dos Poderes em dois momentos. Primeiro, Gilmar Mendes, num trecho já transcrito na seção anterior¹⁸⁸, parece equiparar as cláusulas pétreas da forma federativa de Estado e da separação dos Poderes, opondo-as à dos direitos e garantias individuais, que teria uma “parametrização mais precisa”¹⁸⁹. Em outro momento da discussão, Mendes afirma que os ministros

¹⁸⁶ ADI 2.024, p. 8.

¹⁸⁷ ADI 2.024, p.8.

¹⁸⁸ Ver trecho referenciado na [nota de rodapé 193 \(que começa com “Mas, nos direitos e garantias individuais”\)](#).

¹⁸⁹ ADI 3.138, p. 25.

devem discutir “um modelo, seja de divisão de poderes, seja do princípio federativo, à luz da base positiva do Texto Constitucional”¹⁹⁰. Para sustentar isso, ele menciona um precedente de 1947¹⁹¹, “em que se discutiu a constitucionalidade ou não do modelo parlamentar de governo no Estado do Rio Grande do Sul”¹⁹², na qual Castro Nunes disse que “o Princípio da Separação dos Poderes, (...) como princípio sensível, é de direito positivo; e ele precisa, então, encontrar a sua matriz no Texto Constitucional”¹⁹³. É uma consideração bastante genérica sobre a cláusula pétrea da separação dos Poderes, exatamente no sentido de que ela não se baseia em um modelo ideal, mas no direito positivo, na Constituição.

Por fim, a ADI 4.357, que tinha como uma das fundamentações de suas várias impugnações a cláusula pétrea da separação dos Poderes, dá lugar a uma única tentativa de defini-la em abstrato, preenchendo o conteúdo de seu núcleo. Luiz Fux, após localizar a separação dos Poderes no art. 2º da Constituição¹⁹⁴, cita o voto de Néri da Silveira na ADI 2.362, que impugnava a EC 30/00, com um argumento que, de fato, podia ser transportado para o julgamento da EC 62/09¹⁹⁵. Segundo Silveira, ao “privar da imediata eficácia a decisão judicial”¹⁹⁶ relativa a precatórios pendentes, a EC 30 atentava

contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser coarctada, máxime, no que concerne ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões.¹⁹⁷

Silveira cita expressamente o art. 60, § 4º, III, ao fazer essa consideração. Fux refirma isso em outras palavras, dizendo que, num “Estado de Direito”¹⁹⁸, os “pronunciamentos judiciais devem ser cumpridos por quem quer que seja, inclusive pelo Estado”¹⁹⁹, e que “[n]ão há ofensa mais patente

¹⁹⁰ ADI 3.138, p. 30.

¹⁹¹ Mendes cita o precedente como “Representação - talvez - 95/96 de 1947” (ADI 3.138, p. 29), e eu não o localizei para que pudesse especificar a ação a que ele se refere.

¹⁹² ADI 3.138, p. 29. Não localizei o precedente citado por Mendes para poder especificá-lo, de modo que mantive a citação original.

¹⁹³ ADI 3.138, p. 29-30.

¹⁹⁴ ADI 4.357, p. 116.

¹⁹⁵ Isso porque, em ambos os casos, se tratava de uma moratória na quitação dos precatórios, de modo que o argumento se baseava na demora na execução de sentenças judiciais.

¹⁹⁶ ADI 4.357, p. 117.

¹⁹⁷ ADI 4.357, p. 117.

¹⁹⁸ ADI 4.357, p. 117.

¹⁹⁹ ADI 4.357, p. 117.

ao núcleo da Separação de Poderes e da coisa julgada do que a aprovação de ato legislativo que chancela o absurdo quadro patológico de descumprimento de decisões judiciais”²⁰⁰. Cabe notar que o argumento de Fux invade o mundo fático, o mundo do *ser*, ao dispor que a ofensa ocorre pelo fato de a emenda chancelar uma certa realidade na qual as decisões judiciais são sistematicamente descumpridas. Ainda, é interessante o fato de que o argumento poderia enveredar para a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais, caso Fux manifestasse o entendimento de que a coisa julgada é uma garantia individual que se protege inclusive contra o poder de reforma. No entanto, a proteção da coisa julgada, aqui, se deu em favor do Judiciário, que teria sua independência “coarctada”, no termo utilizado por Silveira, pelo Legislativo.

3.2.2.3. Os direitos e garantias individuais

Quanto à cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais, prevista no art. 60, § 4º, IV, há apenas uma definição em abstrato, feita por Rosa Weber, na ADI 4.357, e que não dá muita precisão sobre a forma de interpretação desse gênero de limite material. A ministra afirma entender que

a dicção do art. 60, § 4º, da CF - não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir, na fração de interesse, os direitos e garantias individuais -, no sentido de que também se encontram vedadas restrições equivalentes a uma efetiva supressão.²⁰¹

Não é possível dizer o que a ministra entende por “efetiva supressão”, nem se é algo mais ou menos grave do que a tendência a abolir. Vale notar que, embora não haja menção explícita ao inciso IV, ela utiliza exatamente a expressão que consta do dispositivo.

Vale destacar a ADI 3.104, em cujo acórdão há oito votos e uma discussão, nos quais não houve qualquer tentativa de definir a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais, repetidamente citada pelos ministros como fonte da alegação de inconstitucionalidade. Vários ministros

²⁰⁰ ADI 4.357, p. 117.

²⁰¹ ADI 4.357, p. 274-275.

argumentaram, inclusive, sobre o direito adquirido, tendo havido até mesmo uma discussão sobre o próprio instituto e alternativas de expandir a proteção também a situações em que havia iminência de direito adquirido, mas nenhum ministro buscou definir, em primeiro lugar, o que seriam direitos e garantias individuais, e qual seria o seu núcleo, para justificar a inclusão da proteção do direito adquirido no rol de cláusulas pétreas.

A ausência de qualquer outra consideração sobre essa cláusula pétrea, em todos os votos analisados, é um dado muito relevante. Embora seja razoável dizer que os “direitos e garantias individuais” devem ser aplicados individualmente aos casos – isto é, por meio de um direito ou garantia específico –, o fato é que os ministros não discutiram *onde encontrar* os direitos individuais na Constituição²⁰².

Como os ministros não se preocupam, em nenhum dos julgamentos analisados²⁰³, em fazer essa discussão abstrata, a única coisa que impede a existência de um cenário de absoluta indefinição sobre o que pode ser considerado direito ou garantia individual – e, portanto, cláusula pétrea – no futuro são as normas constitucionais que foram expressamente incluídas nessa categoria pelos ministros. Esse é o objeto do próximo subcapítulo (3.3). Aqui, cabe apenas registrar que de fato não é possível, a partir dos votos dos ministros, saber como eles conceituariam direitos individuais ou garantias individuais. Inclusive, como se verá no subcapítulo 3.3, algumas normas constitucionais que foram expressamente incluídas no art. 60, § 4º, IV, foram referidas pelos ministros como direitos ou garantias *fundamentais*, o que dá um significado mais amplo ao inciso IV. Como se observa pela leitura dos nomes do Título II da Constituição (“Dos direitos e garantias fundamentais”) e de seu Capítulo I (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”), os direitos individuais foram definidos no direito positivo como um subconjunto dos direitos fundamentais. Mesmo assim, vários votos parecem tratá-los como sinônimos.

²⁰² Como expus no primeiro capítulo (ver [nota de rodapé 13 \(começa com “O Título II da Constituição”\)](#)), a Constituição fala em “direitos individuais” em alguns dispositivos, mas não os define, e não dispõe sobre sua localização no texto constitucional.

²⁰³ Como mostrei, apenas Rosa Weber, na ADI 4.357, diz algo sobre a questão, mas de maneira bastante superficial.

3.2.2.4. As cláusulas pétreas implícitas

Por fim, passo à questão dos limites materiais implícitos. Para a doutrina, nessa categoria se incluem cláusulas pétreas que não estão expressas no art. 60, § 4º, mas que nem por isso o poder de reforma pode violar²⁰⁴. Embora haja discordância quanto à própria existência desse tipo de limite material, o fato é que dois votos, dentro os analisados pela pesquisa, falam expressamente na existência de uma cláusula pétrea implícita. Para identificar a menção de cláusula pétrea implícita, considere apenas trechos em que tenha havido menção explícita e ela como tal. Assim, normas constitucionais que foram expressamente identificadas como cláusulas pétreas, mas que não foram incluídas em nenhuma das cláusulas pétreas implícitas, não foram consideradas cláusulas pétreas implícitas. Apenas as que foram expressamente identificadas como tal é que, para efeito dessa análise, foram consideradas cláusulas pétreas implícitas.

Apenas Celso de Mello, na ADI 2.395, e Ayres Britto, na ADI 4.357, preenchem esse requisito. Ambos afirmam que a própria previsão de cláusulas pétreas é uma cláusula pétrea. Em outras palavras, para eles, o poder de reforma não pode extinguir a previsão de limites materiais ao poder de reforma. Essa ideia é apresentada por Paulo Gustavo Gonet Branco como uma decorrência da própria natureza da previsão de limitações materiais²⁰⁵. Segundo Celso de Mello, além das “limitações materiais explícitas definidas

²⁰⁴ Para Paulo Gustavo Branco, cláusula pétrea implícita é aquilo “que se puder afirmar como ínsito à identidade básica da Constituição ideada pelo poder constituinte originário”. Isso porque “o poder de reformar a Constituição não equivale ao poder de dar ao País uma Constituição diferente, na sua essência”. Branco afirma que os “princípios que o próprio constituinte originário denominou fundamentais”, que aparecem no Título I da Constituição, devem ser considerados como imodificáveis. Ainda, afirma que há limitações que a própria natureza do poder de reforma, como poder constituído, lhe impõe, como “as normas que disciplinam o próprio procedimento de emenda” e a própria existência das cláusulas pétreas. Isso porque, se o poder constituído é logicamente dependente do poder constituinte originário, não pode ter mais poder do que o constituinte originário lhe outorgou. (Ver BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 131-132.)

²⁰⁵ Ver nota de rodapé anterior.

no § 4º do art. 60²⁰⁶, há “restrições de caráter implícito ou imanente”²⁰⁷, o que ele sustenta citando doutrinadores. Inicialmente, ele não diz quais seriam essas cláusulas pétreas implícitas, mas depois ele afirma que

qualifica-se como insuperável obstáculo de ordem jurídica ao exercício (...) do poder de reforma constitucional, (...) pela forma artificiosa da dupla revisão, a eliminação das salvaguardas representadas pelas limitações materiais impostas à atividade revisional do Parlamento.²⁰⁸

Já Ayres Britto afirma que os “limites e condicionamentos materiais, temporais, formais e circunstanciais”²⁰⁹ para a reforma da Constituição são, eles mesmos, “insuscetíveis de remodelagem”²¹⁰.

Ainda, Teori Zavascki, na ADI 4.357, afirma que apenas o “art. 60 e, implicitamente, os dispositivos que a ele vinculados por derivação”²¹¹ é que é “parâmetro para aferição da legitimidade de emenda constitucional”²¹². Não fica claro se isso é uma menção a cláusulas pétreas implícitas. Afinal, pode-se dizer, por exemplo, que o art. 2º se vincula ao art. 60 por derivação, já que prevê a separação dos Poderes, e nem por isso ele caracteriza cláusula pétreia implícita. Estas são aquelas não dispostas expressamente no art. 60, § 4º, e, para efeitos desta análise, as expressamente definidas como limites implícitos pelos ministros.

3.3. Sobre a aplicação das cláusulas pétreas

Este subcapítulo contém os resultados reunidos por meios das subperguntas do bloco 2. A primeira delas (subpergunta 2.1) tem por objeto as normas constitucionais que foram expressamente *incluídas* pelos ministros no rol de cláusulas pétreas. As subperguntas 2.1.1 e 2.1.2 buscam aprofundar a descrição das afirmações dos ministros, pelo entendimento das justificativas que utilizaram – ou não – para incluir essas normas no grupo

²⁰⁶ ADI 2.395, p. 35.

²⁰⁷ ADI 2.395, p. 35.

²⁰⁸ ADI 2.395, p. 39.

²⁰⁹ ADI 4.357, p. 28.

²¹⁰ ADI 4.357, p. 28.

²¹¹ ADI 4.357, p. 210.

²¹² ADI 4.357, p. 210.

dos limites materiais (subpergunta 2.1.1) e da própria conceituação dessas normas enquanto cláusulas pétreas (subpergunta 2.1.2). Essas três subperguntas serão tratadas na seção 3.3.1.

Já a subpergunta 2.2 tem por objeto as normas que foram expressamente *excluídas* do rol de cláusulas pétreas pelos ministros, e a subpergunta 2.2.1 busca reunir as justificativas utilizadas – ou não – por eles para a exclusão dessas normas do grupo de limites materiais ao poder de reforma. Essas duas outras subperguntas serão tratadas na seção 3.3.2.

Antes de passar à apresentação das normas constitucionais incluídas no rol de cláusulas pétreas, cabe, primeiramente, fixar o panorama geral dos julgamentos estudados no que se refere à menção expressa como limites materiais das normas utilizadas. Dentre os 39 votos analisados – incluindo, portanto, as ADIs 2.883 e 2.760 –, 25 deles²¹³ (64%) incluíram expressamente ao menos uma das normas utilizadas para basear a decisão no rol de cláusulas pétreas, ou excluíram dele ao menos uma das normas mencionadas. Assim, 14 votos (36%) não definiram, para qualquer das normas utilizadas de referência para sua argumentação, se pertencem ou não ao rol de cláusulas pétreas. Além disso, dentre os 25 votos que fazem essa definição para pelo menos uma das normas que utilizam, apenas 15 (38% do total) o fizeram para todas as normas que basearam sua argumentação. Tem-se, portanto, quase dois quintos dos votos com justificção completa no que se refere à aplicação de certa norma constitucional à emenda julgada, mostrando expressamente que o argumento para o julgamento da validade da alteração promovida pelo Congresso se baseia na existência ou não de violação a cláusula pétrea.

A tabela abaixo condensa as informações que serão apresentadas a seguir. Ela contém todas as normas constitucionais que foram expressamente incluídas no rol de cláusulas pétreas nos nove julgamentos analisados²¹⁴.

²¹³ Desses 25 votos, apenas quatro excluíram expressamente alguma das normas constitucionais que utilizaram do rol de cláusulas pétreas, enquanto 24 incluíram expressamente alguma delas nesse rol. Três deles fizeram os dois tipos de menção.

²¹⁴ Não há uma tabela para as normas que foram expressamente excluídas desse rol, pois há apenas seis menções desse tipo.

Norma constitucional	Ações	Votos com menção	Inciso do art. 60, § 4º	Total de menções
Ato jurídico perfeito	4.357, 4.307	AB (4.357), RW (4.357), CL (4.307)	Nenhum (2), inciso IV (1)	3
Autonomia dos estados	2.395, 3.138	GM (2.395), CP (2.395), MA (3.138)	Nenhum (1), inciso I (2)	3
Autoridade da coisa julgada	4.357	RW (4.357)	Nenhum (1)	1
Autoridade das decisões judiciais	4.357	TZ (4.357)	Nenhum (1)	1
Coisa julgada	4.357	AB (4.357), LF (4.357), RW (4.357), DT (4.357)	Nenhum (1), inciso IV (3)	4
Devido processo constitucional eleitoral	4.307	CL (4.307)	Nenhum (1)	1
Devido processo legal substantivo	3.104	AB (3.104)	Inciso IV (1)	1
Dignidade humana	4.357	LF-discussão (4.357)	Nenhum (1)	1
Direito à correção monetária	4.357	LF (4.357)	Inciso IV (1)	1
Direito adquirido	3104, 4.357	CL (3.104), MD (3.104), MA (3.104), AB (4.357), LF (4.357), RW (4.357)	Nenhum (3), inciso IV (3)	6
Direito/garantia de acesso a jurisdição eficaz (art. 5º, XXXV)	4.357	AB (4.357), LF (4.357)	Nenhum (1), inciso IV (1)	2
Direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII)	4.357	LF (4.357)	Inciso IV (1)	1
Direito subjetivo de credores da Fazenda Pública	4.357	TZ (4.357)	Inciso IV (1)	1
Direitos e/ou garantias fundamentais	2.883	GM (2.883)	Inciso IV (1)	1
Direitos e/ou garantias individuais	2.760, 4.357	JB (2.760), TZ (4.357)	Nenhum (2)	2
Efetividade da jurisdição	4.357	RW (4.357)	Inciso IV (1)	1
Efetividade do processo para a tutela de direitos	4.357	RW (4.357)	Inciso IV (1)	1
Estado de Direito (art. 1º, caput)	4.357	LF (4.357)	Inciso IV (1)	1
Forma federativa de Estado/modelo federativo/Federação/art. 60, § 4º, I	2.024, 2.395, 3.138, 4.357	SP (2.024), GM (2.395), CL (2.395), AB (2.395) MA (2.395), CM (2.395), SP-discussão (2.395), DT (3.138),	Nenhum (5), inciso I (5)	10

		AB (3.138), TZ (4.357)		
Garantia de um meio eficaz de reparação às lesões de direitos	4.357	AB (4.357)	Nenhum (1)	1
Garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV)	4.357	LF (4.357), RW (4.357), DT (4.357)	Inciso IV (3)	3
Ideia de fraude	3.104	CP-discussão (3.104)	Nenhum (1)	1
Isonomia	4.357	LF (4.357), LF-discussão (4.357)	Nenhum (1), inciso IV (1)	2
Limites ao poder de reforma	2.395, 4.357	CM (2.395), AB (4.357)	Nenhum (1), cláusulas implícitas (1)	2
Não haver pena de caráter perpétuo	2.883	SP (2.883)	Nenhum (1)	1
Princípio da anterioridade eleitoral	4.307	CL (4.307)	Inciso IV (1)	1
Princípio da imunidade tributária recíproca	2.024	SP (2.024)	Nenhum (1)	1
Princípio do acesso à Justiça	4.357	CL (4.357)	Nenhum (1)	1
Processo político juridicamente perfeito	4.307	CL (4.307)	Nenhum (1)	1
Proporcionalidade	3.104	AB (3.104)	Inciso IV (1)	1
Razoabilidade	3.104	AB (3.104)	Inciso IV (1)	1
Restrição de liberdades é condicionada ao devido processo legal substantivo	4.307	CL (4.307)	Nenhum (1)	1
Segurança jurídica	4.307	CL (4.307)	Nenhum (1)	1
Segurança jurídica em sentido estrito	3.104	GM-discussão (3.104), AB-discussão (3.104)	Nenhum (2)	2
Separação dos Poderes	4.357	LF (4.357), TZ (4.357), DT (4.357)	Nenhum (1), inciso III (1), inciso IV (1)	3
Situações jurídicas subjetivas já reconhecidas	3.104	MA (3.104)	Inciso IV (1)	1
Soberania da representação popular pela atuação direta, universal e secreta do eleitor	4.307	CL (4.307)	Nenhum (1)	1
Voto direto, secreto, universal e periódico	4.357	TZ (4.357)	Nenhum (1)	1

A primeira coluna contém a norma, não necessariamente da maneira que foi mencionada pelos ministros, muito embora eu tenha evitado juntar conceitos que se diferenciam de maneira relevante. Mantive separadas, por

exemplo, as normas “autoridade da coisa julgada” e “autoridade das decisões judiciais”, que parecem conceitos semelhantes, mas que remetem a ideias diferentes na Constituição²¹⁵.

A segunda coluna contém as ações em que a norma foi mencionada, enquanto a terceira lista os ministros que mencionaram a norma, por meio de siglas formada pelas iniciais de seus nomes²¹⁶. Após a sigla correspondente ao ministro que mencionou a norma, há, entre parênteses, o número da ação em que a menção foi feita. Algumas das menções foram feitas não em votos, mas em discussões – nas quais vários ministros se manifestavam –, de modo que, após a sigla, foi colocado um hífen seguido da palavra “discussão”.

A quarta coluna contém o número de vezes em que a norma mencionada foi inserida em cada gênero de cláusula pétrea, ou em que não foi inserida em nenhum gênero específico. Utilizei os incisos listados no art. 60, § 4º, para me referir ao gênero em que a norma foi incluída, muito embora nem sempre as menções tenham utilizado por referência o dispositivo constitucional que prevê as cláusulas pétreas. Várias das menções, por exemplo, se referem às normas como “garantias individuais”, mas, para facilitar a visualização dos resultados, optei por utilizar o termo “inciso IV” para me referir a todas as menções que chamaram as normas de “direitos individuais” ou de “garantias individuais”. Quanto ao termo “Nenhum”, que indica as menções em que não houve especificação do gênero de cláusula pétrea ao qual a norma pertence, a leitora ou o leitor podem estranhar o aparecimento dessa expressão no caso das normas que correspondem literalmente aos incisos do art. 60, § 4º, como o “voto direto, secreto, universal e periódico”. Como essas normas correspondem aos próprios gêneros, é menos frequente que o ministro especifique sua origem na Constituição. Nem por isso deixa de ser evidente o gênero de cláusula pétrea ao qual a norma corresponde.

²¹⁵ De um lado, a coisa julgada é protegida pelo art. 5º, XXXVI, contra alterações legislativas, como um direito fundamental, portanto. Por outro lado, as decisões judiciais remetem ao Poder Judiciário, o que se aproxima mais de uma proteção da autoridade desse Poder do que da segurança jurídica das pessoas que tiveram suas demandas tratadas em um processo.

²¹⁶ AB – Ayres Britto; CL – Cármen Lúcia; CM – Celso de Mello; CP – Cezar Peluso; DT – Dias Toffoli; GM – Gilmar Mendes; JB – Joaquim Barbosa; LF – Luiz Fux; MA – Marco Aurélio; MD – Menezes Direito; RW – Rosa Weber; SP – Sepúlveda Pertence; TZ – Teori Zavascki.

3.3.1. As normas constitucionais que são cláusulas pétreas

Na tabela exposta acima, percebe-se que há um total de 68 menções contabilizadas em todos os 24 votos em que houve a inclusão expressa de alguma norma no rol de cláusulas pétreas. A norma mais frequentemente mencionada é a forma federativa de Estado, com dez aparições. Também são frequentes as menções à autonomia dos estados e à separação dos Poderes, que ocorrem três vezes cada, e há uma menção ao princípio da imunidade tributária recíproca entre os entes da Federação. Essas quatro normas não serão tratadas novamente neste capítulo, porque já o foram nas subseções 3.2.2.1 e 3.2.2.2²¹⁷. Vale dizer que apenas as menções que vão além da simples afirmação de que a norma é cláusula pétrea serão discutidas nesta seção.

3.3.1.1. O “postulado da irretroatividade”

Assim, começo pela discussão envolvendo o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, que são objeto, respectivamente, de seis, quatro e três menções. Estão, portanto, entre as normas que foram incluídas com maior frequência no rol de cláusulas pétreas. Sua proteção está prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal²¹⁸. Vale notar que o dispositivo

²¹⁷ A conceituação dessas cláusulas pétreas – a forma federativa de Estado, que abarca a autonomia dos estados e o princípio da imunidade tributária recíproca, e a separação dos Poderes – já foi apresentada nas subseções 3.2.2.1 e 3.2.2.2. Como afirmei na seção 3.2.2, a conceituação desses dois gêneros de cláusula pétrea e a descrição dos elementos que os compõem se assemelha muito, coisa que não ocorre no caso dos direitos e garantias individuais. Por isso, a leitora ou o leitor puderam observar que as subseções 3.2.2.1 e 3.2.2.2 são repletas de descrições da aplicação das normas aos casos. Assim, tratar dessas normas aqui seria repetir o que foi feito no momento da conceituação da forma federativa de Estado e da separação dos Poderes. O mesmo vale para a cláusula pétrea implícita mencionada duas vezes, que aparece na tabela sob o nome de “limites ao poder de reforma”: ela já foi tratada na subseção 3.2.2.4.

²¹⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

citado fala em proteção contra a “lei”, o que gera debate na doutrina sobre se as emendas constitucionais também não podem retroagir para ferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada²¹⁹. Nos julgamentos estudados, a tendência dos ministros foi estender a aplicação do “postulado da irretroatividade”²²⁰ também à análise da validade de emendas: apenas Teori Zavascki, na ADI 4.357, argumenta expressamente de maneira contrária à proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada contra alterações da Constituição. Isso contrasta com os oito diferentes votos, de sete diferentes ministros²²¹, que defenderam a interpretação do art. 5º, XXXVI, de modo a incluir as emendas constitucionais na vedação à retroação dos efeitos de nova norma.

A ADI 3.104 teve três votos que incluíram o direito adquirido nos limites materiais ao poder de reforma. A ação impugnava os arts. 2º e 10 da EC 41/2003, que alteravam o regime previdenciário de transição previsto pela EC 20/1998. A alegação da requerente era justamente a de que a emenda ferira a “garantia individual do direito adquirido”²²², prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição, e, portanto, violara a cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV, da Constituição. Boa parte do julgamento transitou em torno do conceito de direito adquirido.

Menezes Direito, embora vote contra a declaração de inconstitucionalidade da EC 41/03, inclui expressamente o direito adquirido no art. 60, § 4º, IV, “levando em consideração a substância do próprio Direito”²²³. Segundo ele, interpretar literalmente o art. 5º, XXXVI, “inviabilizaria todo o mecanismo de proteção dos direitos individuais, a teor da disciplina do próprio artigo 5º da Constituição Federal”²²⁴.

Já Marco Aurélio, na mesma ação, vota favoravelmente à declaração de inconstitucionalidade da emenda, e inclui expressamente no art. 60, § 4º,

²¹⁹ Ver: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 130-131.

²²⁰ Voto de Rosa Weber na ADI 4.357, p. 274.

²²¹ Os votos são os de Cármen Lúcia, Menezes Direito e Marco Aurélio, na ADI 3.104, Ayres Britto, Luiz Fux, Rosa Weber e Dias Toffoli, na ADI 4.357, e Cármen Lúcia na ADI 4.307.

²²² ADI 3.104, p. 5.

²²³ ADI 3.104, p. 19.

²²⁴ ADI 3.104, p. 19.

IV, além do direito adquirido, a garantia da situação jurídica por servidor público, no que é uma extensão em relação à proteção do direito adquirido. Marco Aurélio afirma que é possível modificar regime jurídico, mas que “não cabe levar às últimas consequências essa admissão”²²⁵. Segundo ele, “[u]ma coisa é afirmar que não há direito à permanência de certo regime jurídico. Algo diverso é colocar-se em segundo plano direitos adquiridos”²²⁶. Marco Aurélio, então, inclui no art. 60, § 4º, IV, o “direito adquirido e, também, situações subjetivas já reconhecidas”²²⁷, pelo fato de o dispositivo contemplar “direitos e garantias”²²⁸. Assim, ele declara a inconstitucionalidade da emenda com base na “garantia (...) de situação jurídica, situação subjetiva, que passou a integrar (...) o patrimônio dos servidores”²²⁹, que era a situação assegurada aos servidores pela EC 20/98. Ele inclui essa situação jurídica “no gênero ‘garantias’, vocábulo contido, com todas as letras, no inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição”²³⁰. Como se vê, Marco Aurélio justifica a inclusão dessa garantia no rol de cláusulas pétreas por meio do termo utilizado no inciso IV. Ao lado do voto de Menezes Direito na mesma ação, essa é uma das poucas vezes em que a menção explícita a uma norma como cláusula pétrea vem acompanhada de justificativa para sua inclusão nesse rol.

Vale notar que a aposentadoria de servidores públicos e o direito adquirido a regime jurídico por servidor público são expressamente excluídos do inciso IV do § 4º do art. 60 por Gilmar Mendes, na ADI 2.883, em oposição ao entendimento que Marco Aurélio apresenta na ADI 3.104. Na ADI 2.883, julgada antes da ADI 3.104, discutia-se a validade da EC 20/1998, que alterara algumas disposições sobre a aposentadoria compulsória de membros do Judiciário. A ação, no entanto, teve seu cabimento rejeitado em função do entendimento de que não houve alteração substancial do texto constitucional pela emenda. Mesmo assim, Mendes trata do mérito da ação. Segundo ele, a emenda não afronta os “‘direitos e garantias fundamentais’ na forma do inciso

²²⁵ ADI 3.104, p. 43.

²²⁶ ADI 3.104, p. 43.

²²⁷ ADI 3.104, p. 44.

²²⁸ ADI 3.104, p. 44.

²²⁹ ADI 3.104, p. 47.

²³⁰ ADI 3.104, p. 47.

IV do § 4º do art. 60²³¹, porque o regramento da aposentadoria de servidores não diz respeito a direito ou garantia fundamental e porque não existe direito adquirido a regime jurídico por servidor público²³². É interessante observar que Mendes inclui expressamente os “direitos e garantias *fundamentais*”, no art. 60, § 4º, IV, o que é uma ampliação do significado literal do dispositivo. Isso ocorre em mais de um voto nos julgamentos analisados, indicando uma tendência em ampliar o grau de proteção das cláusulas pétreas a direitos e garantias.

Ainda na ADI 3.104, há uma discussão entre três ministros que também trata de uma proteção que vai um pouco além do direito adquirido. Gilmar Mendes, em seu voto, estabelece, como uma alternativa ao direito adquirido para evitar leis arbitrárias – ou “emenda constitucional”²³³ arbitrária –, a ideia de “segurança jurídica em sentido estrito”²³⁴. Esse instituto impediria que se alterassem, sem transição, situações que estavam no limiar de se converterem em direito adquirido.

Essa afirmação de Mendes faz com que Ayres Britto e Cezar Peluso façam considerações sobre o tema. Britto concorda com Mendes, afirmando que é preciso proteger as situações em que o direito adquirido está quase se configurando. Ele menciona os princípios “da lealdade ou da proteção de confiança”²³⁵ e “da segurança jurídica”²³⁶. Peluso, discordando dos outros dois ministros, entende que essa situação também pode ser protegida pelas “teorias jurídicas tradicionais”²³⁷, com a “ideia de fraude”²³⁸. Ele afirma que não utilizaria a dicotomia simples entre direito adquirido e expectativa de direito “para legitimar ou convalidar um expediente fraudulento, por exemplo, do legislador infraconstitucional e, até, do legislador constitucional”²³⁹.

Nessa discussão, há menção explícita à possibilidade de se restringir a liberdade de reforma constitucional para além do direito adquirido, muito

²³¹ ADI 2.883, p. 11.

²³² ADI 2.883, p. 11.

²³³ ADI 3.104, p. 34.

²³⁴ ADI 3.104, p. 36.

²³⁵ ADI 3.104, p. 37.

²³⁶ ADI 3.104, p. 37.

²³⁷ ADI 3.104, p. 37.

²³⁸ ADI 3.104, p. 37.

²³⁹ ADI 3.104, p. 37.

embora não se fale em limite material ou cláusula pétrea. Situações do tipo descrito pelos ministros, em que o direito adquirido está próximo de se concretizar, são comuns em reformas do sistema previdenciário, como a que foi feita no ano de 2019. Gilmar Mendes, em seu voto, afirma que, para definir a aplicação da segurança jurídica, é preciso “um conceito de razoabilidade ou de proporcionalidade”²⁴⁰. Assim, caso a EC 103/2019 seja impugnada por meio de ação direta no STF, é possível que essa discussão ressurgja, ao menos nos votos de alguns ministros.

Já na ADI 4.357, Ayres Britto inclui a “fórmula”²⁴¹ do art. 5º, XXXVI – que é a que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada –, no rol de cláusulas pétreas. A ação discutia a validade do art. 100 da Constituição e do art. 97 do ADCT, na redação que receberam da EC 62/2009. Ao tratar do art. 97, § 1º, II, do ADCT, que aumentava o prazo para o pagamento de precatórios por parte da Fazenda Pública, Britto menciona o referido dispositivo ao afirmar que as decisões judiciais não podem ser sujeitadas a sucessivos adiamentos de sua execução. Assim, em conjunto com o direito adquirido, Britto inclui no rol de cláusulas pétreas o “direito subjetivo de acesso a uma jurisdição eficaz”²⁴², que ele localiza no art. 5º, XXXV²⁴³.

Nessa passagem, Ayres Britto trata da questão de o art. 5º, XXXVI, falar em “lei” – o que levanta um debate sobre sua condição de cláusula pétrea, já que emenda constitucional não é lei em sentido estrito –, e a soluciona com um raciocínio invertido: em vez de dizer que essa “fórmula” é cláusula pétrea porque o termo “lei” deve ser interpretado extensivamente, ele afirma que o termo deve ser interpretado extensivamente *porque* a fórmula é cláusula pétrea. No caso, o sentido extensivo seria o de “direito-lei”²⁴⁴, ampliando a proibição para emendas constitucionais.

²⁴⁰ ADI 3.104, p. 35.

²⁴¹ ADI 4.357, p. 53.

²⁴² ADI 4.357, p. 53.

²⁴³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²⁴⁴ ADI 4.357, p. 53.

Rosa Weber, também na ADI 4.357, menciona a coisa julgada como um limite material, ao lado do ato jurídico perfeito, afirmando que

o acesso à Justiça, a efetividade da jurisdição, a efetividade do processo como instrumento de tutela de direitos, a irretroatividade da lei frente ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada estão contemplados em nossa Constituição como garantias individuais, garantias fundamentais, e nessa medida foram erigidos à condição de cláusulas pétreas no texto constitucional.²⁴⁵

Aqui, ela utiliza tanto a expressão “garantia individual” quanto a expressão “garantia fundamental”. Quanto à irretroatividade, a ministra diz que confere uma “exegese ampla às cláusulas pétreas do art. 60, § 4º”²⁴⁶ para entender que “também o poder constituinte derivado ou reformador (...) está submetido ao postulado da irretroatividade consagrado no art. 5º, XXXVI”²⁴⁷. Ela não explica o que seria essa “exegese ampla”, mas, embora não especifique em qual dos gêneros de cláusulas pétreas cada uma das normas citadas se inclui, a utilização do termo “garantia” dá a entender que se trata do inciso IV.

Por fim, na ADI 4.307, Cármen Lúcia explicita a inclusão no rol de cláusulas pétreas da “garantia de segurança jurídica que resguarda o ato jurídico perfeito, de modo expresso e imodificável até mesmo pela atuação do constituinte reformador (art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição)”²⁴⁸. A ação questionava as alterações do art. 29, IV, da Constituição, promovidas pela EC 58/2009. A emenda alterava o número máximo de vereadores nas Câmaras Municipais, e pretendia aplicar as novas regras às eleições de 2008, que já haviam sido concluídas. Cármen Lúcia cita o art. 60, § 4º, IV, como base para a afirmação de que “nem mesmo Emenda Constitucional pode sequer tender a abolir tal garantia”²⁴⁹.

3.3.1.2. As normas relacionadas ao Poder Judiciário

²⁴⁵ ADI 4.357, p. 275.

²⁴⁶ ADI 4.357, p. 274.

²⁴⁷ ADI 4.357, p. 274.

²⁴⁸ ADI 4.307, p. 18.

²⁴⁹ ADI 4.307, p. 18.

A ADI 4.357, como se pode observar pela tabela do início deste subcapítulo (3.3), reúne uma série de normas relacionadas ao Poder Judiciário que os ministros incluíram expressamente no rol de cláusulas pétreas. Somando-se as menções às normas que aparecem na tabela como “garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV)”, “direito/garantia de acesso a jurisdição eficaz (art. 5º, XXXV)”, “autoridade da coisa julgada”, “autoridade das decisões judiciais”, “efetividade da jurisdição”, “efetividade do processo para a tutela de direitos”, “garantia de um meio eficaz de reparação às lesões de direitos” e “princípio do acesso à Justiça”, tem-se um total de 11 menções, por seis ministros diferentes²⁵⁰, apenas na ADI 4.357, a direitos, garantias e princípios que gravitam em torno do Judiciário.

A ADI 4.357, vale lembrar, atacava a EC 62/2009, em alterações que ela promovera no art. 100 da Constituição e no art. 97 do ADCT. Um dos pedidos da requerente consistia na invalidação do art. 97, § 1º, II, do ADCT, que permitia que estados, municípios e o Distrito Federal dilatassem por até quinze anos a completa execução de sentenças transitadas em julgado contra a Fazenda Pública. Alegava-se desrespeito às garantias do livre e eficaz acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), afronta à autoridade de decisões judiciais às quais não cabia mais recurso e aos princípios do Estado de Direito, da igualdade e da proporcionalidade e violação da separação dos Poderes, por deixar o Poder Executivo imune a decisões do Judiciário. Tudo isso repercutiu nos votos dos ministros.

Luiz Fux, na ADI 4.357, ao tratar do art. 97 do ADCT, inclui uma série de normas constitucionais nos “limites materiais ao poder de reforma da Constituição, nos termos do art. 60, § 4º, III e IV”²⁵¹, sem especificar quais delas se incluem em cada inciso. Uma delas é o “Estado de Direito”, que aparece sob as qualificações de “cláusula constitucional”²⁵², “ideia”²⁵³ e “princípio constitucional”²⁵⁴, e cuja fonte no direito positivo é o art. 1º, *caput*,

²⁵⁰ Ayres Britto, Luiz Fux, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármen Lúcia.

²⁵¹ ADI 4.357, p. 120.

²⁵² ADI 4.357, p. 110 e 125.

²⁵³ ADI 4.357, p. 111.

²⁵⁴ ADI 4.357, p. 111.

da Constituição²⁵⁵. Segundo Fux, esse princípio só pode ser concretizado com “as garantias do acesso à justiça e da tutela jurisdicional efetiva”²⁵⁶. Ele não explica se o princípio do Estado de Direito é um direito ou garantia individual ou compõe o núcleo da separação dos Poderes, nem justifica a inclusão desse princípio e das garantias que ele cita na sequência no rol de cláusulas pétreas.

Já Cármen Lúcia, ao tratar não do art. 97 do ADCT, mas do art. 100, §§ 2º, 9º, 10 e 12, da Constituição, se baseia no “acesso à Justiça”²⁵⁷ para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos. Segundo ela, o acesso à Justiça consiste em se “chegar ao Poder Judiciário, ter uma resposta do Poder Judiciário (...) e ter a execução desse julgado, o que é próprio do princípio do acesso, que é cláusula pétrea da Constituição, e que realmente há de ser atendido”²⁵⁸. Percebe-se que ela inclui na princípio do acesso à Justiça tanto a obtenção de uma decisão do Judiciário quanto a execução da decisão. De qualquer maneira, ela não justifica a inclusão desse princípio no rol de cláusulas pétreas.

3.3.1.3. As normas relacionadas ao direito eleitoral

A ADI 3.104, que impugnava a EC 58/09 na parte em que fazia retroagir o novo número máximo de vereadores nas câmaras municipais para as eleições municipais de 2008, foi julgada procedente por unanimidade pelo STF, e o voto da relatora Cármen Lúcia inclui uma série de normas no rol de cláusulas pétreas. Ela define o “devido processo legal”²⁵⁹ – que em outros momentos do voto ela especifica como “devido processo legal eleitoral”²⁶⁰ e “devido processo constitucional eleitoral”²⁶¹, que seria protegido pelo art. 16

²⁵⁵ Fux afirma que o Estado de Direito “tem como núcleo a limitação jurídica do exercício do poder político”, e que isso resulta da busca pela “domesticação da Administração Pública” por meio da “supremacia da lei”. Segundo ele, a ideia de controle do poder político tem não só um “ângulo formal”, mas também “uma concepção (...) substancial ou material, que ‘só adquire sentido, justificação e inteligibilidade em função do respeito, garantia e promoção dos direitos e liberdades fundamentais’”. Ver: ADI 4.357, p. 110.

²⁵⁶ ADI 4.357, p. 111.

²⁵⁷ ADI 4.357, p. 252.

²⁵⁸ ADI 4.357, p. 252.

²⁵⁹ ADI 4.307, p. 17.

²⁶⁰ ADI 4.307, p. 14.

²⁶¹ ADI 4.307, p. 21.

da Constituição –, a “segurança jurídica”²⁶² e a “garantia fundamental”²⁶³ do “princípio da anterioridade eleitoral”²⁶⁴ como cláusulas pétreas. Para isso, cita a ementa da ADI 3.685, que impugnava uma outra emenda constitucional sob alegações bastante semelhantes às utilizadas na ADI 4.307. Em um trecho da ementa, há uma afirmação expressa de que o princípio da anterioridade eleitoral é “garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV”²⁶⁵, e que burlá-lo “afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)”²⁶⁶. Vale notar, contudo, que a ministra não faz qualquer discussão sobre cláusula pétrea ou limite material ao poder de reforma em todo o restante de seu voto. Assim, muito embora ela cite um precedente em cuja ementa consta que esses princípios são cláusulas pétreas, ela não discorre sobre isso, e muito menos justifica a inclusão das normas citadas – a segurança jurídica, o devido processo legal eleitoral e o princípio da anterioridade eleitoral – no rol de cláusulas pétreas. Vale notar que, assim como Mendes na ADI 2.883 e Fux na ADI 4.357, Cármen Lúcia vai além da redação expressa do inciso IV do § 4º do art. 60, ao citar uma ementa que se referia ao princípio da anterioridade eleitoral como “garantia *fundamental*”.

Cármen Lúcia também fala na “garantia de segurança jurídica que resguarda o ato jurídico perfeito, de modo expresso e imodificável até mesmo pela atuação do constituinte reformador (art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição)”²⁶⁷. Ela cita o art. 60, § 4º, IV, como base para a afirmação de que “nem mesmo Emenda Constitucional pode sequer tender a abolir tal garantia”²⁶⁸. Ainda, ela afirma serem cláusulas pétreas a “garantia constitucional”²⁶⁹ do art. 5º, LIV – de que a liberdade só pode ser restrita ou privada “mediante devido processo legal substantivo, a dizer, conforme o que dispuser a lei previamente definida e aplicável à esfera de direitos de cada

²⁶² ADI 4.307, p. 17.

²⁶³ ADI 4.307, p. 17.

²⁶⁴ ADI 4.307, p. 14, grifo do voto retirado.

²⁶⁵ ADI 4.307, p. 17, grifado no voto.

²⁶⁶ ADI 4.307, p. 17, grifado no voto.

²⁶⁷ ADI 4.307, p. 18.

²⁶⁸ ADI 4.307, p. 18.

²⁶⁹ ADI 4.307, p. 13.

qual dos cidadãos”²⁷⁰ –, o “processo político juridicamente perfeito”²⁷¹ e a “fonte única e soberana de representação popular pela atuação direta, universal e secreta do cidadão eleitor”²⁷². Segundo ela, a EC 58/09 significou “espécie de eleição indireta, contrastando com a previsão contida na parte final do art. 29, inc. I”²⁷³. Aqui, é interessante a menção à “atuação direta, universal e secreta do cidadão eleitor”, expressão que se assemelha muito ao art. 60, § 4º, II, assim como a citação do art. 29, I, que dispõe sobre as eleições municipais diretas. Nenhuma das normas citadas tem sua inclusão no rol de cláusulas pétreas justificada.

3.3.1.4. Outras normas constitucionais

Em dois diferentes votos, os ministros aplicaram aos casos categorias amplas de cláusulas pétreas de maneira direta. Na seção 3.2.2, afirmei que seria irrazoável a aplicação de uma categoria como “direitos e garantias individuais” diretamente aos casos, sem a mediação de um direito ou garantia específico²⁷⁴. No entanto, Joaquim Barbosa, na ADI 2.760, e Teori Zavascki, na ADI 4.357, fazem exatamente isso. Barbosa, apesar de votar pelo não cabimento da ação, afasta a alegação de que há “ofensa à cláusula pétrea que protege ‘os direitos e garantias individuais’”²⁷⁵ em um argumento subsidiário, sem especificar o direito ou garantia que poderia ter sido violado. Já Zavascki, na ADI 4.357, faz essa menção em meio a um argumento que trata da inexistência de retrocesso institucional com a aprovação da EC 62/09. Segundo ele, não se pode acusar a EC 62 de ser

tendente a abolir direitos e garantias individuais ou de atentar contra a autoridade das decisões do Judiciário, que, supostamente, estariam consagrados pelo regime do primitivo art. 100 da Constituição. Que direito era esse do credor, se não podia exigir a prestação? Que autoridade é essa do Poder

²⁷⁰ ADI 4.307, p. 13. O voto seria um tipo de liberdade, “a liberdade falada”.

²⁷¹ ADI 4.307, p. 21.

²⁷² ADI 4.307, p. 21.

²⁷³ ADI 4.307, p. 21.

²⁷⁴ Ver nota de rodapé 93.

²⁷⁵ ADI 2.760, p. 7, grifo do voto retirado.

Judiciário, que não tinha meios de impor o cumprimento das condenações pecuniárias?”²⁷⁶

O voto de Luiz Fux na ADI 4.357 tem uma série de menções a normas constitucionais como limites materiais ao poder de reforma: a isonomia, a dignidade humana, o direito fundamental à propriedade e o direito à correção monetária. Cabe apenas um comentário sobre o direito de propriedade e o direito à correção monetária – as duas outras normas são incluídas no rol de cláusulas pétreas de maneira pontual. Fux declara uma inconstitucionalidade com base na violação do “direito à correção monetária”²⁷⁷ que decorre do “núcleo essencial”²⁷⁸ do “direito fundamental de propriedade”²⁷⁹, localizado no art. 5º, XXII, que é “inegável limite material ao poder de reforma da Constituição (art. 60, § 4º, IV, CF/88)”²⁸⁰. Aqui, Fux explicitamente inclui o “direito fundamental de propriedade” no art. 60, § 4º, IV. Ele não fala em direito *individual*, mas em direito *fundamental*. Assim, Fux aplica o art. 60, § 4º, IV, extensivamente, ampliando o significado das limitações ao poder de reforma, assim como faz Gilmar Mendes na ADI 2.883. Isso é particularmente curioso diante do fato de que, no início de seu pronunciamento sobre a inconstitucionalidade formal, Fux afirma que a interferência do STF no processo legislativo “tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto das normas da Constituição Federal”²⁸¹. É uma contradição clara com a descrição do direito de propriedade que faz nesse momento do voto. Se, de um lado, o direito de propriedade pode ser considerado um direito individual, de modo que interpretar o art. 60, § 4º, IV, em sua literalidade não alteraria a decisão tomada por Fux, de outro, o ministro controla a emenda constitucional com base em direito *fundamental*, o que vai além dos direitos meramente individuais.

Ayres Britto, na ADI 3.104, inclui os “postulados da proporcionalidade e da razoabilidade”²⁸² no art. 60, § 4º, IV, e faz isso mencionando “uma

²⁷⁶ ADI 4.357, p. 217, grifado no voto.

²⁷⁷ ADI 4.357, p. 98.

²⁷⁸ ADI 4.357, p. 98.

²⁷⁹ ADI 4.357, p. 98.

²⁸⁰ ADI 4.357, p. 99.

²⁸¹ ADI 4.357, p. 67.

²⁸² ADI 3.104, p. 25.

observação do Ministro Celso de Mello²⁸³, que “lembra o caráter substantivo do devido processo legal - de matriz constitucional para incorporar os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Logo, comunicando à razoabilidade e à proporcionalidade o caráter pétreo do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF. É dizer, essa petrealidade se estende à dimensão substantiva do devido processo legal²⁸⁴. Como se vê, Ayres Britto justificou a inclusão da proporcionalidade e da razoabilidade nos limites materiais previstos no art. 60, § 4º, IV, com base no entendimento de que eles compõem o devido processo legal substantivo. No entanto, ele não explica por que o devido processo legal substantivo é cláusula pétrea.

3.3.2. As normas constitucionais que não são cláusulas pétreas

Trato, agora, das normas constitucionais que foram expressamente *excluídas* pelos ministros do rol de cláusulas pétreas. Não foram muitas as ocasiões em que os ministros expressamente afirmaram que certa norma constitucional *não é* imutável: isso ocorreu em apenas quatro votos dentre os 39 analisados²⁸⁵, e em apenas uma das quatro discussões registradas pela pesquisa²⁸⁶. Dez normas diferentes foram mencionadas dessa forma: a diferenciação entre a aposentadoria de servidores em cargos efetivos e em cargos comissionados quanto à existência de aposentadoria compulsória, a aposentadoria de servidores, o direito adquirido a regime jurídico por servidor público, o aumento razoável de tributos, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, além de três normas já tratadas na subseção 3.2.2.1²⁸⁷, que discutiu o conceito da forma federativa de Estado.

²⁸³ ADI 3.104, p. 24.

²⁸⁴ ADI 3.104, p. 24-25.

²⁸⁵ Os votos de Gilmar Mendes, nas ADIs 2.883 e 2.395, Cármen Lúcia, na ADI 3.138, e Teori Zavascki, na ADI 4.357.

²⁸⁶ A discussão da ADI 2.395.

²⁸⁷ A atuação da União como legislador nacional (que não fere o princípio federativo pelo fato de a norma ser aplicada igualmente em todo o país), o tratamento pelo poder de reforma de matéria de competência estadual (que não fere o pacto federativo pelo fato de não ser a União a autora da legislação, mas o poder constituinte derivado) e a fixação de patamar mínimo de alíquota de contribuição previdenciária (que não fere a autonomia dos estados).

Na subseção 3.2.1.1, a aposentadoria de servidores e o direito adquirido a regime jurídico por servidor público já foram tratados, quando expus o voto de Gilmar Mendes na ADI 2.883, que manifesta um entendimento diferente daquele que Marco Aurélio apresenta na ADI 3.104 sobre o direito adquirido a regime jurídico. No entanto, ainda na ADI 2.883, Gilmar Mendes exclui mais uma norma constitucional do rol de cláusulas pétreas. A EC 20/98, que a ação atacava, tornou expressa a diferenciação entre os regimes de aposentadoria de servidores públicos efetivos e de servidores em cargos comissionados, no que se refere à existência de aposentadoria compulsória. Para Mendes, ao contrário do que entendia o requerente, a previsão expressa de que o dispositivo que dispunha sobre a aposentadoria compulsória se aplicasse apenas aos servidores titulares de cargos efetivos “não estava formalmente vedada ao poder constituinte derivado, porque obviamente estranha ao domínio próprio dos ‘direitos e garantias individuais’”²⁸⁸. Assim como as outras duas normas expressamente excluídas do rol de cláusulas pétreas por Mendes, essa diferenciação estabelecida pela EC 20/98 no art. 93, VI, e no art. 129, § 4º, da Constituição, foi tratada em um argumento subsidiário, já que a discussão da ADI 2.883 se voltou à ausência de alteração substantiva do texto constitucional.

Já o aumento razoável de tributos foi mencionado por Cármen Lúcia, na ADI 3.138, como plenamente possível. Ela cita a decisão de Gilmar Mendes na Suspensão de Segurança 3.146, em que ele cita a ADC 8 MC, em que se decidiu que

contribuição de seguridade social, como qualquer outro tributo, é passível de majoração, desde que o aumento dessa exação tributária observe padrões de razoabilidade e seja estabelecido em bases moderadas. Não assiste ao contribuinte o direito de opor, ao Poder Público, pretensão que vise a obstar o aumento dos tributos (...), desde que respeitadas, pelo Estado, as diretrizes constitucionais que regem, formal e materialmente, o exercício da competência impositiva.²⁸⁹

Assim, embora ela não tenha tratado dessa possibilidade especificamente no caso de emendas constitucionais, ao citar uma decisão que julgava norma infraconstitucional – a ADC 8 tratava da

²⁸⁸ ADI 2.883, p. 9.

²⁸⁹ ADI 3.138, p. 10.

constitucionalidade de lei ordinária –, fica implícito que o mesmo se aplica a emendas constitucionais. Se determinada alteração legislativa não fere a Constituição, não há como ferir cláusula pétrea.

O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada foram todos mencionados no mesmo argumento. Na ADI 4.357, Teori Zavascki afirma que “o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são intangíveis para o legislador infraconstitucional, não para o poder constituinte reformador”²⁹⁰, o que ele sustenta com base no argumento, já apresentado, de que a Constituição de 1988 foi editada por poder constituinte derivado. Vale fazer uma distinção importante: Zavascki não afirma que o poder de reforma pode extinguir o art. 5º, XXXVI, da Constituição. Esse ponto não é discutido. Ele simplesmente afirma que o dispositivo não se aplica ao poder de reforma, de modo que este pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O que se vê, portanto, é que foram poucas as vezes em que os ministros expressamente excluíram determinada norma constitucional do rol de cláusulas pétreas. Como será mostrado no próximo subcapítulo, é muito mais frequente que os ministros afirmem que certa norma não foi ferida pela emenda do que que afirmem que a norma cuja violação é alegada nem sequer é cláusula pétrea.

3.4. A aplicação de normas constitucionais sem menção expressa a cláusula pétrea

Este subcapítulo 3.4 corresponde ao terceiro e último bloco de subperguntas, que busca reunir as normas constitucionais que, muito embora não tenham sido classificadas expressamente pelos ministros como limites materiais ao poder de reforma, foram aplicadas aos julgamentos analisados pela pesquisa, seja embasando a invalidação de partes de emendas

²⁹⁰ ADI 4.357, p. 223.

constitucionais ou sendo objeto de rejeição como fundamento de invalidação de emendas.

A tabela abaixo reúne todas as normas que foram aplicadas sem definição expressa quanto a sua natureza enquanto cláusulas pétreas.

Norma constitucional	Ações	Votos com menção (pró-const.)	Votos com menção (pró-inconst.)	Total de menções
Aceitabilidade social de fator de discriminação	4.357	-	MA (4.357)	1
Ampla defesa	4.357	-	AB (4.357) e LF (4.357)	2
Autonomia da vontade	4.357	DT (4.357)	-	1
Autonomia dos Tribunais do Trabalho	4.357	-	AB (4.357)	1
Autoridade das decisões judiciais	4.357	AB (4.357), RW (4.357)	AB (4.357) e RW (4.357)	4
Coisa julgada	4.357	LF (4.357), DT (4.357), RL (4.357)	AB (4.357), CL (4.357), RL (4.357) e MA (4.357)	6
Confiança na jurisdição e sua efetividade	4.357	-	JB (4.357)	1
Confiança no sistema eleitoral	4.307	-	CL (4.307)	1
Contraditório	4.357	-	AB (4.357) e LF (4.357)	2
Devido processo legal	4.357	-	AB (4.357), RW (4.357), DT (4.357), RL (4.357) e JB (4.357)	5
Devido processo legal eleitoral	4.307	-	CL (4.307)	1
Diferenças entre os direitos de vereadores	4.307	-	CL (4.307)	1
Dignidade da pessoa humana	4.357	LF (4.357)	AB (4.357)	2
Direito à legalidade	2.732	DT (2.732)	-	1
Direito adquirido	3.104, 4.357	RL (3.104), CP (3.104),	-	5

		GM (3.104), EG (3.104), RL (4.357)		
Direito de propriedade	4.357, 2.732	LF (4.357), DT (2.732)	RW (4.357), RL (4.357) e JB (4.357)	5
Direito social à aposentadoria	3.104	CL (3.104)	-	1
Direito subjetivo à percepção da originária paga	4.357	-	AB (4.357)	1
Direitos e garantias individuais	2.883, 2.732	GM (2.883), DT (2.732)	-	2
Eficácia da coisa julgada	4.357	RL (4.357)	-	1
Eficácia das decisões judiciais	4.357	RL (4.357)	-	1
Eficiência administrativa	4.357	-	LF (4.357) e JB (4.357)	2
Estabilidade do processo eleitoral (art. 16, <i>caput</i>)	4.307	-	CL (4.307)	1
Estado de Direito	4.357	-	AB (4.357)	1
Estado Democrático de Direito	4.357	-	RW (4.357)	1
Forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, I)	2.024, 2.395, 3.138	AB (2.024), RL (2.395), CL (3.138), LF (3.138), RL (3.138)	-	5
Fraude à Constituição	4.357	-	AB (4.357)	1
Fraude à segurança jurídica	3.104	CP-discussão (3.104)	-	1
Igualdade/isonomia	2.883, 4.357, 2.732	GM (2.883), DT (4.357), DT (2.732)	AB (4.357), RW (4.357) e JB (4.357)	6
Impessoalidade	4.357	-	AB (4.357) e LF (4.357)	2
Justiça	4.357	-	AB (4.357)	1
Lealdade/proteção da confiança	3.104	AB-discussão (3.104)	-	1
Liberdade	4.357, 2.732	LF (4.357), DT (2.732)	-	1
Liberdade política de votar	4.307	-	CL (4.307)	1
Logicidade ou unidade sistemática da Constituição	2.732	DT (2.732)	-	1

Meios que garantam a celeridade do processo	4.357	-	AB (4.357)	1
Moral da jurisdição (inconstitucionalidade baseada na desmoralização da jurisdição)	4.357	-	JB (4.357)	1
Moralidade administrativa	4.357	-	AB (4.357), LF (4.357) e JB (4.357)	3
Não haver privilégio da Fazenda Pública	4.357	DT (4.357)	-	1
Não haver privilégios	4.357	-	GM (4.357)	1
Objetivos da Constituição	4.357	-	LF (4.357)	1
Pagamento de precatórios em ordem cronológica	4.357	-	MA (4.357)	1
Preservação do valor real do patrimônio particular (arts. 182, § 4º, III, e 184, <i>caput</i>)	4.357	-	AB (4.357)	1
Princípio da capacidade contributiva	2.732	DT (2.732)	-	1
Princípio da moralidade política	4.307	-	CL (4.307)	1
Princípio da proibição do retrocesso social	3.104	CL (3.104)	-	1
Princípio do equilíbrio atuarial	3.138	CL (3.138), LF (3.138)	-	2
Proibição do enriquecimento sem causa	4.357	-	MA (4.357)	1
Proporcionalidade	4.357	LF (4.357), DT (4.357)	AB (4.357) e JB (4.357)	4
Razoabilidade	4.357	DT (4.357)	AB (4.357)	2
Razoável duração do processo	4.357	LF (4.357)	AB (4.357), LF (4.357) e RW (4.357)	4
Regime transitório não pode se projetar excessivamente no tempo	4.357	-	MA (4.357) e JB (4.357)	2
Responsabilidade fiscal	4.357	-	JB (4.357)	1

Segurança jurídica	3.104, 4.357, 2.732	LF (4.357), DT (4.357), DT (2.732)	MA (3.104) e LF (4.357)	5
Segurança jurídica em sentido estrito	3.104	GM (3.104), GM-discussão (3.104), AB-discussão (3.104)	-	3
Separação dos Poderes	4.357	RL (4.357)	AB (4.357), e RW (4.357)	3
Soberania popular	4.307	-	CL (4.307)	1

Observa-se um total de 111 menções a normas constitucionais nos moldes da subpergunta 3.1. Os votos que contiveram ao menos uma declaração de inconstitucionalidade material da emenda que julgavam – que são 15, entre 39 – somam 64 menções, enquanto os votos que rejeitaram ao menos uma declaração de inconstitucionalidade material – que são 31, entre 39²⁹¹ – somam 47 menções sem inclusão expressa da norma no rol de cláusulas pétreas.

Os 15 votos que decidiram pela inconstitucionalidade material da emenda – ao menos parcial – são, portanto, os que contêm, em média, mais menções a normas constitucionais que não as incluem expressamente no rol de cláusulas pétreas. Ocorre que são justamente esses votos, que efetivamente utilizaram as normas citadas de base para a impugnação de emendas, os que têm como exigência para sua completude argumentativa a qualificação expressa dessas normas como cláusulas pétreas. Afinal, no caso das argumentações pró-constitucionalidade material, a menção não expressa – a que está sendo tratada neste subcapítulo – foi sempre seguida da afirmação de que a norma citada *não era ferida*. Afinal, se fosse afirmado que houve violação da norma, ou o ministro teria que dizer que a norma não era cláusula pétrea ou então teria que declarar a inconstitucionalidade material da emenda.

²⁹¹ Entre os 39 votos analisados, oito tiveram apenas declarações de inconstitucionalidade ou interpretação da emenda conforme à Constituição, enquanto 24 tiveram apenas declarações de constitucionalidade material. Outros sete votos tiveram argumentos em ambas as direções.

Os 15 votos em que há alguma declaração de inconstitucionalidade distribuem-se em cinco acórdãos: os das ADIs 2.395²⁹², 3.104²⁹³, 3.138²⁹⁴, 4.357²⁹⁵ e 4.307²⁹⁶. Em 11 dos 15 votos mencionados (73%), os ministros utilizam normas constitucionais sem incluírem-nas expressamente no rol de cláusulas pétreas em espécie. Por outro lado, em dez dos 15 votos (67%), os ministros expressamente incluem ao menos uma das normas constitucionais que utilizam no rol de cláusulas pétreas. A intersecção entre esses grupos tem seis votos (40%), de modo que há cinco votos que não incluíram qualquer das normas petrificadas utilizadas para impugnar a emenda no rol de cláusulas pétreas (33%) e outros quatro que não deixaram de incluir expressamente qualquer das normas petrificadas citadas no rol de cláusulas pétreas (27%). Esse dado mostra que um terço dos votos em que houve declaração de inconstitucionalidade material – ou interpretação conforme – não se preocupou em definir a norma utilizada de referência para a decisão como cláusula pétrea, e que dois quintos deles só o fizeram para parte das normas citadas. Apenas pouco mais de um quarto dos votos definiu todas as normas que foram usadas de referência para a impugnação da emenda constitucional que era atacada.

Já entre os 31 votos que têm algum argumento pró-constitucionalidade material, há 17 que fazem menções a normas constitucionais sem dizerem expressamente se elas são cláusulas pétreas ou não²⁹⁷. Há ainda onze votos em que todas as normas mencionadas (em argumentos pró-constitucionalidade material) são expressamente incluídas no rol de cláusulas pétreas²⁹⁸ – e, portanto, já foram tratadas –, um voto em que não há justificativa para a rejeição das alegações de inconstitucionalidade²⁹⁹ e dois

²⁹² Voto de Marco Aurélio.

²⁹³ Votos de Ayres Britto e Marco Aurélio.

²⁹⁴ Votos de Ayres Britto e Marco Aurélio.

²⁹⁵ Votos de Ayres Britto, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa.

²⁹⁶ Voto de Cármen Lúcia.

²⁹⁷ Os votos de Britto, na ADI 2.024, Mendes e Lewandowski, na ADI 2.395, Lewandowski, Peluso, Mendes e Gracie, na ADI 3.104, Cármen Lúcia, Fux e Lewandowski, na ADI 3.138, Britto, Fux, Zavascki, Weber, Toffoli, e Lewandowski, na ADI 4.357, e Toffoli, na ADI 2.732.

²⁹⁸ Os votos de Pertence, na ADI 2.883, Barbosa, na ADI 2.760, Pertence, na ADI 2.024, Mendes, Cármen Lúcia, Britto, Peluso e Celso de Mello, na ADI 2.395, Menezes Direito, na ADI 3.104, Zavascki, na ADI 4.357, e Toffoli, na ADI 3.138.

²⁹⁹ O voto de Mendes na ADI 4.357.

votos em que as menções a normas constitucionais são mais “defesas” da emenda do que propriamente uma análise jurídica de sua constitucionalidade, que confronte-a com alguma norma que tenha sido potencialmente violada³⁰⁰.

Como as normas mencionadas são muitas e variadas, exporei com mais detalhes apenas aquelas que podem levantar questionamentos sobre se as cláusulas pétreas são mesmo o único fundamento usado pelos ministros do STF para o controle material de emendas. Afinal, a tabela é, em grande medida, autoexplicativa quanto a quais normas constitucionais costumam servir de base para o controle de emendas, mesmo sem serem expressamente incluídas no rol de cláusulas pétreas.

Há muitas menções a “normas” com conteúdo indeterminado, muitas vezes sem descrição de sua fonte no direito positivo. São exemplos a “aceitabilidade social” de um fator de discriminação estabelecido pela emenda³⁰¹, a confiança na jurisdição³⁰², a confiança no sistema eleitoral³⁰³, a “impessoalidade”³⁰⁴, a “justiça”³⁰⁵, a ausência de privilégios³⁰⁶, os objetivos da Constituição³⁰⁷ e o “princípio constitucional da moralidade política”³⁰⁸. Algumas dessas normas parecem ser fundamento de meras críticas à emenda, pelo fato de virem acompanhadas de outras razões para declarar sua inconstitucionalidade, e por dependerem de uma compreensão bastante ampliada dos limites materiais para serem neles incluídas. As normas listadas acima o foram em votos nos quais não há considerações gerais sobre o conceito de cláusula pétrea ou de seus gêneros³⁰⁹, ou nos quais essas considerações não são suficientes³¹⁰ para que se possa entender por meio de

³⁰⁰ Os votos de Mendes, na ADI 3.138, e Marco Aurélio, na ADI 4.357.

³⁰¹ Marco Aurélio, na ADI 4.357, p. 258. Para Marco Aurélio, “o fator de discriminação [analisado] (...) acaba por conflitar com a Carta, *porque* a distinção não é socialmente aceitável” (grifei).

³⁰² Joaquim Barbosa, na ADI 4.357, p. 317.

³⁰³ Cármen Lúcia, na ADI 4.307, p. 19.

³⁰⁴ Ayres Britto e Luiz Fux, na ADI 4.357, p. 56, 57 e 118.

³⁰⁵ Ayres Britto, na ADI 4.357, p. 33.

³⁰⁶ Gilmar Mendes, na ADI 4.357, p. 257. Gilmar Mendes, para sustentar uma interpretação conforme, afirma apenas que o “importante é que não haja privilégios”.

³⁰⁷ Luiz Fux, na ADI 4.357, p. 119.

³⁰⁸ Cármen Lúcia, na ADI 4.307, p. 19.

³⁰⁹ Ver notas de rodapé 301 a 308 (logo acima). É o caso de Mendes, Marco Aurélio e Barbosa na ADI 4.357, e de Cármen Lúcia na ADI 4.307.

³¹⁰ É o caso de Britto e Fux, na ADI 4.357.

qual raciocínio o ministro incluiria a confiança na jurisdição, os objetivos da Constituição ou o princípio da moralidade política – apenas para listar alguns exemplos – no art. 60, § 4º.

Além dessas “normas” altamente indeterminadas, há, ainda, aquelas com base constitucional, de conteúdo definido, mas que não parecem, ao menos em uma interpretação mais restritiva do incisos do § 4º do art. 60, incluir-se em nenhuma das categorias de cláusulas pétreas neles previstas. Dois exemplos são a moralidade administrativa, citada por Britto³¹¹, Fux³¹² e Barbosa³¹³ na ADI 4.357, e a “eficiência administrativa”, também citada por Fux³¹⁴ e Barbosa³¹⁵, na mesma ação. Os ministros expressamente localizam ambos os princípios no art. 37, *caput*. Aqui, a questão que se coloca é a possibilidade de controlar emendas com base em princípios que se aplicam à administração pública, e ainda sem qualquer esforço argumentativo para expor a cláusula pétrea em que a norma se incluiria, e muito menos o porquê dessa inclusão. Esses princípios foram utilizados como fonte de limitação do poder de reforma, mas sem menção explícita à sua condição de cláusula pétrea.

³¹¹ ADI 4.357, p. 55.

³¹² ADI 4.357, p. 125.

³¹³ ADI 4.357, p. 318.

³¹⁴ ADI 4.357, p. 125.

³¹⁵ ADI 4.357, p. 317.

4. Conclusão

Esta pesquisa foi motivada por uma preocupação com a possibilidade de o STF exercer discricionariamente o seu poder de julgar. Investiguei as decisões quanto à constitucionalidade de emendas por se tratar de um dos campos em que a interação do Judiciário com o Legislativo atinge um alto nível de importância. Afinal, o STF decide se uma alteração da Constituição, aprovada por ao menos três quintos dos deputados federais e dos senadores, separadamente, é válida e pode permanecer em vigor. Essa preocupação foi reforçada pela leitura de pesquisas anteriores sobre o tema do controle de emendas³¹⁶, que concluíram haver uma série de incompletudes nas definições dos ministros sobre o conceito de cláusula pétrea nesse tipo de ação. Como foi possível observar pela leitura do trabalho, as conclusões dessas outras pesquisas³¹⁷, resumidas no primeiro capítulo desta monografia, também se aplicam, em larga medida, às decisões mais recentes que foram aqui analisadas.

Em primeiro lugar, na seção 3.2.1, tratei das definições em nível geral sobre o instituto da limitação material ao poder de reforma. Como expus, boa parte das ações tem alguma consideração sobre a questão, mas isso ocorre em uma porção reduzida dos votos³¹⁸. Entre as definições realizadas pelos ministros, destacam as ideias de que as cláusulas pétreas protegem a essência da Constituição, e visam a lhe dar estabilidade. Para alguns ministros, as cláusulas pétreas servem para evitar que a Constituição se transforme em outra, mas a interpretação dos limites materiais não deve gerar um enrijecimento excessivo do texto constitucional, a ponto de acelerar uma ruptura institucional. Todas essas afirmações são correntes na doutrina de direito constitucional, e não permitem ter uma ideia muito clara sobre por que os ministros incluíram ou excluíram determinada norma do rol de cláusulas pétreas, e menos ainda prever futuras decisões em casos específicos de controle de emendas

³¹⁶ Ver nota de rodapé 19.

³¹⁷ Ver notas de rodapé 20 a 23.

³¹⁸ Ver página 32.

Outra afirmação comum na doutrina, e que a maioria dos ministros que se pronunciaram sobre a conceituação dos limites materiais em nível abstrato defendem, é a de que as cláusulas pétreas imobilizam apenas o núcleo dos princípios que protegem. Nenhum ministro afirmou que os limites materiais imobilizam por completo certas matérias; mais de um contrapôs expressamente essa ideia.

Alguns ministros também afirmaram expressamente que as cláusulas pétreas se localizam no art. 60, § 4º, da Constituição, mas isso ocorreu em um número reduzido de votos. Como expus na seção 3.2.1, esse dado, em vez de indicar um ponto pacífico dentro do tribunal quanto à localização dos limites materiais no direito positivo, pode expor alguma relativização dessa visão. Afinal, como foi exposto, há uma série de votos que controlam as emendas constitucionais com base em normas que, ao menos numa interpretação restritiva das cláusulas pétreas, não estariam nelas incluídas.

As definições quanto a cada uma das categorias de cláusulas pétreas foram mais frequentes, como mostrei na seção 3.2.2, embora tenham ocorrido em menos da metade dos votos analisados pela pesquisa. É importante notar que a maioria das impugnações de emendas constitucionais foi feita sem qualquer definição sobre o gênero de cláusula pétrea que os ministros aplicaram ao caso³¹⁹.

A cláusula pétrea da forma federativa de Estado foi a que mais recebeu tentativas de definição em abstrato. Em mais de uma ação houve votos que afirmaram que o conceito de Federação a ser aplicado no controle de emendas não deve ser construído a partir de modelos ideais, mas sim com base no direito positivo. Essa afirmação é estendida para a cláusula pétrea da separação dos Poderes, em uma das únicas delimitações sobre o seu conceito em nível abstrato. Ainda sobre a forma federativa de Estado, é importante observar que alguns conceitos foram utilizados para justificar a flexibilização da autonomia dos estados. Enquanto esta não foi definida em termos claros, vários ministros se valeram da ideia de federalismo de cooperação – modelo que, para boa parte da doutrina de direito

³¹⁹ Ver páginas 42 e 43.

constitucional, é vigente no Brasil – para autorizar o exercício por parte da União de competências que os estados reivindicavam. Da mesma forma, para justificar a redução da autonomia dos entes federativos, os ministros evocaram a ideia de responsabilidade fiscal e a noção de que certas decisões repercutem nos outros entes³²⁰.

A cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais, por outro lado, não recebe nenhuma definição que permita entender o que motiva um ministro a incluir nela ou não certo preceito constitucional: não há previsão sobre a localização dos direitos e garantias individuais na Constituição, e nem uma definição abstrata sobre a natureza desses direitos e garantias. Além da ausência de definição desse limite material, os acórdãos mostram que vários ministros parecem ampliar o significado desse limite material, ao incluírem nele direitos ou garantias *fundamentais*.

Na seção 3.3, tratei da aplicação direta das cláusulas pétreas aos casos julgados. Essa aplicação dependia da menção expressa a certa norma constitucional, utilizada de referência no julgamento da validade da emenda, como componente do rol de cláusulas pétreas, ou então da exclusão expressa dessa norma do rol de cláusulas pétreas. Quase dois quintos dos votos analisados pela pesquisa incluíram expressamente todas as normas que utilizaram para embasar suas decisões no grupo de limites materiais ao poder de reforma. O restante incluiu apenas parte das normas utilizadas, ou então não incluiu nenhuma delas – o que ocorreu em pouco mais de um terço dos votos. No entanto, como mostrei, raramente os ministros apresentam qualquer justificativa para a afirmação de que determinada norma é cláusula pétrea. É também pouco frequente a exclusão expressa de alguma norma do rol de cláusulas pétreas, sendo muito mais frequente que o argumento caminhe para a afirmação de que a norma não foi ferida pela emenda.

Por fim, na seção 3.4, mostrei que é comum nos votos a menção a certa norma constitucional sem qualquer tipo de discussão quanto a sua natureza enquanto cláusula pétrea ou não. Isso ocorre com mais frequência

³²⁰ O que é de se esperar inclusive dentro de uma federação, sem que necessariamente isso implique que todas as competências que podem repercutir em outras unidades federativas possam ser transferidas para a União sem prejuízo do próprio regime federativo.

nos argumentos favoráveis a declarações de inconstitucionalidade material, que são exatamente os que de fato utilizam as normas citadas para impugnar as emendas – os argumentos pró-constitucionalidade, quando não afirmam se a norma é ou não é cláusula pétrea, simplesmente afastam a violação da norma pela emenda, o que é suficiente para que a motivação da decisão esteja completa.

Como a maioria das normas mencionadas não tem sua natureza enquanto cláusula pétrea – ou não – discutida, as discussões centrais dos julgamentos são deslocadas para a análise de violação ou não da norma invocada. Parece-me que é isso que leva Morais a concluir, em sua pesquisa, que as cláusulas pétreas compõem apenas parcialmente a *ratio decidendi* nas ações diretas contra emendas constitucionais³²¹: o fato de que muitos votos simplesmente afastam a violação da norma evocada como possível fonte de inconstitucionalidade, o que retira deles o ônus de argumentar quanto à natureza da norma enquanto cláusula pétrea.

Vale notar que boa parte das fundamentações sobre a violação ou não das normas se baseia em precedentes de controle de atos infraconstitucionais. Isso não importa em argumentos pela constitucionalidade, mas influencia na completude da motivação em argumentos pela inconstitucionalidade. Afinal, se o parâmetro de controle de constitucionalidade de emenda é mais restrito – referindo-se apenas a cláusulas pétreas –, o fato de certa norma constitucional ter sido violada por alteração na legislação infraconstitucional análoga à promovida pela emenda

³²¹ “As inquietações iniciais dessa pesquisa eram acerca da *ratio decidendi* dos julgamentos de mérito de emendas constitucionais. Isso porque, em tese, a razão de decidir desse tipo de julgamento deveria ser composta pela discussão das cláusulas pétreas, afinal, o que legitimaria o Supremo a controlar a constitucionalidade emendas seria a violação por parte das emendas aos princípios estabelecidos pelo artigo 60, § 4º. (...) Ao longo dos julgamentos, o que se pôde notar primordialmente foi que a discussão das cláusulas pétreas compunha parcialmente a *ratio decidendi*, isso porque, era apenas a relação entre as cláusulas pétreas e as especificidades dos casos que determinava a razão de decidir. Ou seja, o que era determinante para a composição da ratio eram as mudanças advindas com e [sic] emenda e como tais mudanças estavam relacionadas com as cláusulas pétreas” (p. 55-56). Para Laio, “o principal ponto desses julgamentos foi a verificação, caso a caso, acerca da aplicabilidade dos princípios atacados e após essa verificação esse princípio poderia ou não ser incluído no rol de cláusulas pétreas” (p. 57). É exatamente o que se espera em casos de declaração de constitucionalidade: não é necessário tratar das cláusulas pétreas quando as normas que alegadamente são cláusulas pétreas nem sequer são atacadas pela emenda. Ver: MORAIS, Laio Correia. O Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas?, de 2011, p. 55-57.

não autoriza dizer que a emenda também é inconstitucional. No entanto, em mais de um voto, os ministros usam precedentes dessa maneira³²².

Esta monografia, portanto, retrata um cenário de indefinição do espaço dentro do qual o STF pode controlar o conteúdo de emendas à Constituição. A indeterminação dos parâmetros que o direito positivo estabelece para o controle não foi reduzida nos votos analisados por esta pesquisa, com exceção da cláusula pétrea da forma federativa de Estado, que recebeu contornos mais claros. Os ministros não firmaram teses sólidas sobre o que são as cláusulas pétreas, e particularmente sobre o que são os direitos e garantias individuais, e onde encontrá-los na Constituição.

Quando idealizei a pesquisa, a preocupação que tinha em mente era a possibilidade de o STF interferir no conteúdo das emendas constitucionais sem a devida motivação, em detrimento da decisão tomada pelo Poder Legislativo, órgão democraticamente eleito. Muito embora isso ocorra, como foi demonstrado, minha preocupação passou a abarcar também as decisões em que o órgão rejeita as alegações de inconstitucionalidade. Muitas dessas decisões também não vêm acompanhadas de uma justificação suficiente, seja porque a incidência das cláusulas pétreas é expressamente afastada³²³, ou então porque elas não o foco principal da discussão, que se desvia para as consequências fáticas de suas decisões ou para a aplicação de normas constitucionais que não foram expressamente incluídas no rol de cláusulas pétreas ou excluídas dele.

Assim, se, de um lado, a ausência de motivação pode dar lugar a uma interferência excessiva do tribunal no conteúdo das emendas constitucionais – excessiva em relação àquilo que a Constituição prevê, que é o controle baseado em cláusulas pétreas –, ela também pode desproteger normas constitucionais que deviam estar sendo preservadas. Não cabe, aqui, dizer se isso ocorreu em um ou outro caso analisado. Cabe apenas destacar que os ministros do STF, na maioria de seus votos sobre o controle de constitucionalidade de emendas, não explicitaram suficientemente o que

³²² Exemplos são os votos, na ADI 4.357, de Britto, p. 36, Fux, p. 48-49, e Weber, p. 278.

³²³ Como ocorre na ADI 4.357, em uma discussão entre Teori Zavascki, Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Ver: ADI 4.357, p. 215-218 e 228-234.

entendem ser as cláusulas pétreas, e, assim, motivaram de maneira incompleta suas decisões.

5. Anexos

Anexo I

Tabela com todas as ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas. Vale notar que o levantamento das ações foi feito no dia 26 de junho de 2019, e que a situação processual de cada uma delas foi levantada nos dias seguintes, até o dia 12 de julho³²⁴.

ADI	Ato impugnado	Decisões	Sentido das decisões	Ano da última decisão
6063	EC 97/17	-	-	-
5985	EC 45/04	-	-	-
5935	EC 98/17	-	-	-
5875	EC 97/17	-	-	-
5772	EC 96/17	-	-	-
5734	EC 95/16	-	-	-
5728	EC 96/17	-	-	-
5715	EC 95/16	-	-	-
5680	EC 95/16	-	-	-
5679	EC 94/16	Liminar monocrática	Deferimento parcial	2017
5658	EC 95/16	-	-	-
5655	EC 95/16	-	-	-
5643	EC 95/16	-	-	-
5633	EC 95/16	-	-	-
5628	EC 93/16	Liminar monocrática	Deferimento	2016
5595	EC 86/15	Liminar monocrática	Deferimento	2017
5497	EC 91/16	-	-	-
5316	EC 88/15	Liminar colegiada	Deferimento	2015
5304	EC 74/13	-	-	-
5296	EC 74/13	Liminar colegiada	Indeferimento	2016
5058	EC 75/13	-	-	-

³²⁴ Ver nota de rodapé 18.

5017	EC 73/13	Liminar monocrática	Deferimento	2013
4889	EC 41/03	-	-	-
4888	EC 41/03	-	-	-
4887	EC 41/03	-	-	-
4885	EC 41/03	Liminar colegiada	Indeferimento	2018
4803	ECs 20/98 e 41/03	-	-	-
4802	ECs 20/98 e 41/03	-	-	-
4801	EC 63/10	-	-	-
4425	EC 62/09	Mérito e questão de ordem colegiada	Procedência parcial	2015
4400	EC 62/09	Mérito	Improcedência - ilegitimidade ativa	2013
4372	EC 62/09	Mérito	Improcedência - ilegitimidade ativa	2013
4357	EC 62/09	Mérito e questão de ordem colegiada	Procedência parcial	2015
4310	EC 58/09	Liminar colegiada	Deferimento	2009
4307	EC 58/09	Liminar monocrática, referendamento e mérito	Deferimento, referendamento e procedência	2013
4282	EC 45/04	-	-	-
4165	EC 30/00	Negado seguimento	Negado seguimento	2008
4014	EC 41/03	-	-	-
3998	ECs 20/98 e 41/03	-	-	-
3872	EC 41/03	-	-	-
3855	EC 41/03	-	-	-
3854	EC 41/03	Liminar colegiada	Deferimento	2007
3843	EC 45/04	Decisão monocrática	Indeferimento - ilegitimidade ativa	2008
3800	EC 33/01	Decisão monocrática	Extinção do processo - ilegitimidade ativa	2017
3686	EC 52/06	-	-	-
3685	EC 52/06	Mérito	Procedência	2006
3684	EC 45/04	Liminar colegiada	Deferimento	2007
3653	EC 28/00	-	-	-
3529	EC 45/04	-	-	-
3520	EC 45/04	-	-	-
3493	EC 45/04	-	-	-
3486	EC 45/04	-	-	-

3472	EC 45/04	Liminar colegiada	Deferimento	2005
3432	EC 45/04	-	-	-
3431	EC 45/04	-	-	-
3423	EC 45/04	-	-	-
3395	EC 45/04	Liminar monocrática, referendamento	Deferimento e referendamento	2006
3392	EC 45/04	-	-	-
3367	EC 45/04	Mérito	Improcedência	2005
3363	ECs 20/98 e 41/03	-	-	-
3308	ECs 20/98 e 41/03	-	-	-
3297	EC 41/03	-	-	-
3291	EC 41/03	Decisão monocrática	Prejudicada - apensamento principal já julgado	2008
3184	EC 41/03	Liminar colegiada em andamento	Em andamento	Marcado para 04/09/19
3172	EC 41/03	Negado seguimento	Negado seguimento	2011
3143	EC 41/03	Liminar colegiada em andamento	Em andamento	Marcado para 04/09/19
3138	EC 41/03	Mérito	Improcedência	2011
3133	EC 41/03	Liminar colegiada em andamento	Em andamento	Marcado para 04/09/19
3128	EC 41/03	Mérito	Procedência parcial	2004
3105	EC 41/03	Mérito	Procedência parcial	2004
3104	EC 41/03	Mérito	Improcedência	2007
3099	EC 41/03	Decisão monocrática	Prejudicada	2006
2883	EC 20/98	Mérito	Não conhecida	2006
2760	EC 20/98	Mérito	Não conhecida	2006
2732	EC 29/00	Mérito	Improcedência	2015
2673	EC 37/02	Mérito	Improcedência	2002
2666	EC 37/02	Mérito	Improcedência	2002
2395	EC 15/96	Mérito	Improcedência	2007
2362	EC 30/00	Liminar colegiada	Deferimento	2010
2356	EC 30/00	Liminar colegiada	Deferimento	2010
2199	EC 27/00	Decisão monocrática	Prejudicada	2012
2159	EC 19/98	Mérito	Prejudicada	2004

2135	EC 19/98	Liminar colegiada	Deferimento parcial	2007
2096	EC 20/98	-	-	-
2055	EC 20/98	Mérito	Não conhecida	2001
2051	EC 21/99	Decisão monocrática	Prejudicada	2004
2047	EC 19/98	Liminar colegiada	Não conhecida	1999
2046	EC 19/98	Decisão monocrática	Não conhecida	2001
2033	EC 20/98	Decisão monocrática	Não conhecida	2011
2031	EC 21/99	Liminar colegiada e mérito	Deferimento parcial e procedência parcial	2002
2027	EC 21/99	Liminar colegiada e mérito	Deferimento parcial e procedência parcial	2002
2025	EC 21/99	Mérito	Não conhecida - ilegitimidade ativa	1999
2024	EC 20/98	Liminar colegiada e mérito	Deferimento parcial e procedência parcial	2007
2017	EC 19/98	Decisão monocrática	Extinção do processo - ausência de procuração	2001
2009	EC 20/98	Mérito	Não conhecida	2001
1946	EC 20/98	Liminar colegiada e mérito	Deferimento e procedência parcial	2003
1805	EC 16/97	Liminar colegiada	Indeferimento	1998
1749	EC 14/96	Liminar colegiada e mérito	Indeferimento e não conhecimento	1999
1501	EC 12/96	Liminar colegiada e decisão monocrática	Prejudicada e extinção do processo	1996
1497	EC 12/96	Liminar colegiada e decisão monocrática	Indeferimento e negado seguimento	2003
1420	EC 10/96	Liminar colegiada e decisão monocrática	Indeferimento e prejudicada	2002
950	EC 04/93	Decisão monocrática	Negado seguimento	1993
949	EC 03/93	Liminar colegiada e decisão monocrática	Prejudicada e prejudicada	2001
947	EC 03/93	Mérito	Não conhecida - ilegitimidade ativa	1993
941	EC 03/93	Mérito	Não conhecida - ilegitimidade ativa	1993
939	EC 03/93	Liminar colegiada e mérito	Deferimento e procedência parcial	1993
937	EC 03/93	-	-	-

935	EC 03/93	Mérito	Não conhecida - ilegitimidade ativa	1993
928	EC 03/93	Liminar colegiada	Não conhecida - ilegitimidade ativa	1993
926	EC 03/93	Liminar colegiada e questão de ordem colegiada	Deferimento e prejudicada	1994
913	EC 03/93	Liminar colegiada	Não conhecida	1993
833	EC 02/92	Liminar colegiada e mérito	Indeferimento e improcedência	1993
830	EC 02/92	Mérito	Improcedência	1993
829	EC 02/92	Mérito	Improcedência	1993

Referências

- ARRUDA, Ana Luiza Gajardoni de Mattos. *O STF e o controle judicial de emendas constitucionais*. Belo Horizonte: Letramento, 2019.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CARDOSO, E. L. C.; MACHADO, A. M. F.; VOJVODIC, A. M. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF, *Revista Direito GV*, n. 5(1), p. 21-44, jan./jun. 2009.
- DE SETA, Cristina Gomes Campos. *Consenso nas decisões do Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico sobre a construção da verdade jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?* Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2011. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/publication/o-stf-e-as-clausulas-petreas-o-onus-argumentativo-em-prol-da-governabilidade/>>. Acesso em: 28 mai. 2019.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- MORAIS, Laio Correia. *O Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas?* Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2011. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/publication/o-controle-de-constitucionalidade-de-emendas-constitucionais-como-o-stf-lida-com-as-clausulas-petreas/>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

- PONCE, Carolina Ignácio. *Definição de Pauta no Supremo Tribunal Federal no Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais nos Governos FHC e Lula*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2009. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/publication/definicao-de-pauta-no-supremo-tribunal-federal-no-controle-de-constitucionalidade-de-emendas-constitucionais-nos-governos-fhc-e-lula/>>. Acesso em: 28 mai. 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2.024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03/05/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=466214>>. Acesso em: 11 jul. 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2.395, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/05/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=528743>>. Acesso em: 11 jul. 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2.732, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 07/10/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9975925>>. Acesso em: 11 jul. 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2.760, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 30/08/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266920>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2.883, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30/08/2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409288>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 3.104, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26/09/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 3.183, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 14/09/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730536>>. Acesso em: 9 jul. 2019.

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4597944>>. Acesso em: 9 jul. 2019.

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 4.357, Rel. Min. Ayres Britto, j. 14/03/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>>. Acesso em: 9 jul. 2019.

- SILVA, V. A. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: BARBIERI, C. H. C.; MACEDO JR., R. P. (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011: 363-380.