

PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

REVISTA
Carioca^{RCD}
de Direito

VOLUME I · N. I · JANEIRO—JUNHO DE 2010



ISSN 2178-3470

RCD	RIO DE JANEIRO	V.I	N.I	P. I A I 68	2010
-----	----------------	-----	-----	-------------	------



PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Prefeito
EDUARDO PAES

Procurador-Geral do Município
FERNANDO DOS SANTOS DIONISIO

Subprocuradora-Geral do Município
KATIA PATRÍCIA GONÇALVES SILVA

Centro de Estudos da PGM
Procuradora-Diretora
ANDREA VELOSO CORREIA

Coordenação Editorial: Centro de Estudos da PGM
Conselho Editorial: Ana Paula Buonomo Machado
Antonio Carlos de Sá
Arlindo Daibert Neto
Maria Luiza Alkimim Curvello de Araujo
Paulo Roberto Soares Mendonça
Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha
Rodrigo Ramos Lourega de Menezes

Diretora da Diretoria de Documentação do Centro de Estudos da PGM
ANGELA MARIA ALBUQUERQUE DE ARAUJO

Normalização do texto
Celia Maria Escobar Araujo

Revisão
Vitor Cook

Planejamento gráfico, capa e composição
Miguel Fernandes – PG/CA

Revista Carioca de Direito - RCD
v. 1-, n. 1-, jan-jun/2010- . – Rio de Janeiro: PGM, 2010.

Semestral
ISSN 2178-3470

1. Direito – Periódico I. Procuradoria-Geral do Município

CDU 340.05
CDD 34(05)

Sumário

7 Apresentação

DOCTRINA

- 11 Aspectos teóricos da Ação Anulatória Tributária (Rodrigo Ramos Lourega de Menezes)
- 23 A responsabilidade civil nos espetáculos desportivos (Martinho Neves Miranda)
- 37 Cotas nas universidades públicas brasileiras – a busca da igualdade através de medidas compensatórias (Fabiani Li Rizzato de Almeida)
- 53 Notas acerca das emendas constitucionais em matéria tributária e financeira (Gustavo da Gama Vital de Oliveira)
- 73 IPTU. Conflito de competência com o ITR. Critério de localização x critério da destinação econômica (Andrea Veloso Correia)
- 79 Previdência, Município e Federação: o espaço de autonomia municipal em matéria previdenciária (Arícia Fernandes Correia)
- 87 O princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo Brasileiro (Rafael Carvalho Rezende Oliveira)
- 103 Reflexões sobre a navegação na Internet e o sigilo do e-mail funcional do servidor público (Frederick B. Burrowes)
- 109 Função administrativa e orçamento: o espaço negligenciado de efetividade dos direitos fundamentais (Vanice Lírio do Valle)
- 123 A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF (Rodrigo Brandão)

PARECERES/PROMOÇÕES

- 151 Parecer PG/PADM/002-2009/RFP, de 12/05/2009 - Gratificação por desempenho de produtividade no sistema municipal de saúde (Ricardo Perin)
- 155 Promoção PG/PADM/15/2009 - Contratação de serviços comuns de engenharia via pregão (Ana Tereza Palimieri)

MUNICÍPIO EM JUÍZO

- 159 Apelação Cível N. 2008.001.05011 - Acórdão
Apelante: MRJ, Apelado: P. Marchetti Engenharia e Construções Ltda. assunto: desapropriação indireta
- 167 Relação dos Procuradores do Município do Rio de Janeiro

A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF

RODRIGO BRANDÃO¹

“Creio que na demarcação de qual seja a extensão da limitação material ao poder de reforma constitucional, que proíbe a deliberação sobre propostas tendentes a abolir direitos e garantias individuais, o intérprete não pode fugir de uma certa carga axiológica a atribuir, no contexto da Constituição, a eventuais direitos e garantias nela inseridos” (Sepúlveda Pertence).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As principais divergências doutrinárias em torno da positivação dos “direitos e garantias individuais” como cláusulas pétreas (art. 60, p. 4, IV, da CF/88); 3. A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de Emendas Constitucionais na jurisprudência do STF; 3.1 À guisa de introdução: a possibilidade de o STF declarar inconstitucional Emenda Constitucional; 3.2. O “*leading case*”: A garantia da anterioridade tributária e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-DF (não aplicação da anterioridade ao IPMF, EC n. 03/93); 3.3. A garantia da anualidade eleitoral e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685-8 (“verticalização” e anterioridade eleitoral, EC n. 52/2006); 3.4. A proteção superconstitucional conferida aos direitos sociais. ADIn n. 1946/DF: licença à gestante e o art. 60, p. 4, IV, da CF/88; 3.5. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128-7. O caso da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos inativos e a inexistência de direito adquirido a não ser tributado; 3.6. Direitos adquiridos e emendas constitucionais: o MS n. 24875 e o teto remuneratório, à luz da EC n. 41/2003; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Como se vê do seu art. 60, parágrafo 4, IV, a Constituição de 1988 inseriu os “direitos e garantias individuais” no elenco dos limites materiais ao poder de reforma, ao lado da forma federativa de Estado, do voto direto, universal e periódico e da separação dos Poderes. Salienta-se, contudo, que a atribuição explícita de “superconstitucionalidade”² aos direitos e

1 Mestre e Doutorando em Direito Público pela UERJ. Professor de Direito Constitucional da EMERJ e da Pós-Graduação da FGV-Rio e da UERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro.

2 A expressão é de VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

garantias individuais consistiu em novidade de relevo do constituinte de 1988, pois era da tradição do direito positivo brasileiro considerar cláusulas pétreas apenas a forma republicana de governo e a forma federativa de Estado.³

Diante do reduzido rol de “cláusulas intangíveis” contidas nas nossas Constituições pretéritas, parecia natural o surgimento de indagações a respeito da existência, ou não, de limites materiais implícitos ao poder de reforma constitucional. Especificamente quanto aos direitos fundamentais, Nelson de Souza Sampaio, em obra clássica, reconhecia a sua supraestatalidade, inserindo-os no âmbito das decisões políticas fundamentais do constituinte que, na forma da lição de Schmitt, consubstanciam a identidade da Constituição, sendo insuscetíveis de alteração por revisão constitucional, mas apenas por nova manifestação do constituinte originário.⁴ O emérito constitucionalista baiano ressaltava, com acerto, que, embora tal posição fosse dominante na doutrina, “a imprecisão no caracterizar esses direitos e fixar-lhes o número” fazia com que, na prática, as emendas constitucionais não estivessem, efetivamente, jungidas aos direitos fundamentais.⁵

Assim, a Constituição de 1988, ao conceder expressamente o *status* de cláusula pétrea aos “direitos e garantias individuais” (em seu art. 60, § 4, IV), desempenhou a importante função de colocar uma pá de cal na discussão acima, tornando inequívoca a inviabilidade de emendas constitucionais os suprimirem, ao menos de forma constitucionalmente legítima. Nada obstante, a definição concreta de quais direitos assumem, de fato, o *status* de limites ao poder de reforma subsiste como questão profundamente controversa na doutrina pátria. As seguintes linhas destinam-se a expor, de forma simplificada e sistematizada, as principais correntes que se digladiam na doutrina, além da defesa da posição que nos parece mais adequada. No próximo item, procederemos a uma análise crítica da

3 Ver, por exemplo, o art. 90, § 4, da Constituição de 1891, que incluía também a representação dos Estados no Senado, seguindo a fórmula norte-americana; o art. 178, p. 5, da Constituição de 1934; o art. 217, § 6, da Constituição de 1946; o art. 51 da Constituição de 1967; e os arts. 47 e 48 da Emenda Constitucional n. 1 de 1969.

4 SAMPAIO, Nelson de Souza. O poder de reforma constitucional. 3 ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995. p. 95.

5 *Ibid.*, p. 97. De qualquer sorte, a vigência de um regime de exceção parecia veicular obstáculo decisivo à implementação de uma efetiva observância dos direitos fundamentais pelos órgãos do Estado, mormente em face de emendas constitucionais.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da exegese do art. 60, § 4, IV, da CF/88, sobretudo com vistas a identificar pontos de contato com os mencionados debates doutrinários.

2. AS PRINCIPAIS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS EM TORNO DA POSITIVAÇÃO DOS “DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS” COMO CLÁUSULAS PÉTREAS

A partir de uma interpretação literal do citado dispositivo pode-se afirmar que todos os direitos arrolados nos incisos do art. 5º, e nenhum outro, seriam considerados cláusulas pétreas, tendo em vista veicularem, na forma do Capítulo I do Título II, da Constituição de 1988, o rol de direitos e garantias individuais eleito pelo constituinte, não cabendo aos poderes constituídos, a pretexto de interpretarem o precitado dispositivo, irem de encontro à decisão previamente tomada pelo titular da soberania. Nada obstante a sua aparente pertinência lógica, milita contra essa interpretação de caráter literal uma série de argumentos.

Inicialmente, cumpre salientar que a atribuição de um peso definitivo ao elemento gramatical esbarra na insuficiência do seu uso exclusivo no âmbito da moderna hermenêutica jurídica,⁶ revelando-se, na hipótese vertente, especialmente despropositada, à vista (i) da fluidez semântica e da densidade moral dos “direitos e garantias individuais”, (ii) da circunstância de o próprio constituinte haver aberto o elenco de direitos expressos na Constituição (art. 5º, § 2º), e (iii) da notável imprecisão terminológica do constituinte no que concerne à positivação dos direitos fundamentais do indivíduo.⁷ De parte isto, a exegese em exame redundará na exclusão do elenco de cláusulas intangíveis dos direitos sociais, dos direitos políticos e dos direitos à nacionalidade, e na inclusão de normas de baixa densi-

6 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

7 Quanto ao último aspecto, convém repisar que a Constituição emprega, por exemplo, as seguintes expressões: “direitos e garantias fundamentais” (Título II), “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I do Título II), direitos sociais (Capítulo II do Título II), “direitos políticos” (Capítulo IV do Título II), “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” (art. 5º, § 1), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI), “direitos e garantias individuais” (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da CF), “direito público subjetivo” (especificamente em relação à educação fundamental – art. 208, § 1), e “direitos humanos” (art. 4º, III, art. 5º, § 3 e 109, § 5, os dois últimos introduzidos pela Emenda Constitucional n. 45/2004).

dade axiológica, como as relativas ao cumprimento da instituição do júri (XXVIII), forma de cumprimento de penas privativas de liberdade (XLVIII), espécies de penas criminais (XLVI), etc., as quais melhor se amoldariam a normas infraconstitucionais.⁸

Uma segunda perspectiva considera que, ao aludir especificamente aos “direitos e garantias individuais”, o constituinte o fez com o intuito de restringir a condição de “cláusula de eternidade” aos “direitos e garantias individuais propriamente ditos”,⁹ na esteira da Lei Fundamental de Bonn e da Constituição Portuguesa (arts. 79, III, e 290, respectivamente).¹⁰ Assim, somente gozariam do *status* de cláusula pétrea as ditas “liberdades fundamentais”, porquanto, ao imporem ao Estado o cumprimento de prestações negativas, estariam vinculadas ao núcleo essencial do Estado de Direito (limitação jurídica do poder estatal), além de possuírem coerência e uniformidade obtidas pelo evoluir da história constitucional de diversos países.¹¹ Ainda que se pudesse, à luz das premissas antes delineadas, incluir no âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CRFB/1988 direitos equiparáveis aos direitos da liberdade (direitos de defesa, v.g., as liberdades sociais, como o direito de greve e à livre associação sindical, e os direitos políticos e à nacionalidade), restariam excluídos os direitos sociais prestacionais e os direitos difusos e coletivos.

Todavia, *parece-nos que o constituinte de 1988 considerou cláusulas pétreas os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira “geração”, sejam eles direitos de defesa ou prestacionais*. Isto porque, como salienta Ingo Sarlet, o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, cuja eficácia reforçada se revela na aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), bem como na sua proteção reforçada quanto à ação erosiva do constituinte-reformador (art. 60, § 4º, IV), caracteriza-se

pela axiologia, como as relativas ao cumprimento da Constituição de 1988 não se verifica hierarquia ou destaque conferido aos direitos de defesa em detrimento dos direitos prestacionais, ou de direitos de uma “geração” em prejuízo das demais. Ao contrário, percebe-se uma fina sintonia entre o constituinte de 1988 e a tese da indivisibilidade e a interdependência das “gerações” de direitos fundamentais, a qual vem gozando de primazia no direito internacional dos direitos humanos.¹²

Ademais, a colocação apenas das liberdades civis no rol de cláusulas pétreas parte de uma associação absoluta entre, por um lado, direitos da liberdade e direitos de defesa, e, por outro, direitos sociais e direitos prestacionais. Embora os direitos da liberdade apresentem, preponderantemente, uma dimensão negativa, por imporem ao Estado um dever de abstenção, tais direitos dão azo, subsidiariamente, ao dever de o Estado implementar prestações positivas com o fito de evitar que terceiros¹⁴ ou fenômenos naturais¹⁵ prejudiquem a sua efetiva fruição. A bem da verdade, a denominação “direitos fundamentais sociais” encontra a sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, garantir a igualdade e a liberdade material (real). Neste sentido, os direitos fundamentais sociais são direitos à libertação da opressão social e da necessidade.¹⁶

8 Neste sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 5, n. 21, p. 69/91, out./dez. 1997.

9 MENDES. Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 85/86.

10 MENDES. Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 86.

11 MENDES. Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 86; COSTA e SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 121. cabendo destacar que Costa e Silva considera os direitos sociais limites implícitos ao poder de reforma.

12 SARLET, Ingo. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 58.

13 Neste sentido a posição oficial da ONU. Confira-se o art. 5, da Declaração de Viena de 1993, aceita unanimemente por 171 Estados, *verbis*: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

14 A respeito da Teoria dos Deveres de Proteção, ver HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999. p. 278-287.

15 Cf. SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. New York: Norton. 2000.

16 Esta é a formulação de Ingo Sarlet, na esteira do magistério de Jorge Miranda. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. In: PASQUALINI, Alexandre et al. *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 149.

A Constituição de 1988, por sua vez, é de meridiana clareza ao impingir ao Estado o dever de contribuir para a alvitrada “libertação da opressão social e da necessidade”. Efetivamente, já no preâmbulo da CF/1988 se evidencia a sua dimensão social, ao estatuir que o Estado se destina a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...)”. A conjugação dos valores da liberdade e da igualdade prossegue ao longo do seu texto, como pode se inferir de um sem-número de dispositivos constitucionais.¹⁷ Assim, integram o DNA da nossa Carta tanto a preocupação em proteger o indivíduo do exercício arbitrário do poder – propósito dos direitos de defesa –, quanto o dever de o Estado propiciar condições materiais que sejam necessárias para a preservação da dignidade humana – finalidade dos direitos prestacionais.

Deste modo, a leitura sistemática da CF/1988 conduz a considerar cláusulas pétreas não apenas os direitos de primeira “geração” ou os direitos de defesa, mas igualmente os direitos de segunda e terceira “geração”, sejam eles direitos a prestações estatais negativas ou positivas, ainda que se admita que os direitos prestacionais apresentem dificuldades adicionais no plano da eficácia.¹⁸ Devem ser incluídos, portanto, no rol de cláusulas intangíveis, por exemplo, as liberdades fun-

17 Com efeito, a conjugação dos valores da liberdade e da igualdade se verifica, v.g., no art. 1º, que, em seus incisos III e IV, arrola a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil, e no art. 3º (incisos I, II, III e IV), o qual insere entre os seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Entre as finalidades e os princípios gerais da ordem econômica, por sua vez, encontram-se a valorização do trabalho humano, a busca da existência digna e da justiça social, da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais, e do pleno emprego (art. 170, *caput* e incisos II, III, V, VI, VII e VIII). Para além disto, a positivação de um amplo rol de direitos sociais no art. 6º – educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados –, os quais foram desenvolvidos, detalhadamente, nos arts. 193 a 214, associada à sua inclusão em capítulo inserto no título pertinente aos direitos e garantias fundamentais, e não mais no alusivo à ordem econômica e social, como era da tradição do nosso constitucionalismo, consiste em relevante indício da vontade do constituinte em atribuir-lhes a nota de jusfundamentalidade.

18 Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

damentais, e culturais, os direitos à nacionalidade e políticos,¹⁹ e os direitos difusos e coletivos.

No âmbito da corrente doutrinária que considera cláusulas pétreas os direitos fundamentais de distintas “gerações”, verifica-se relevante controvérsia. Uma primeira tese afirma que, tendo em vista o constituinte ter atribuído às normas insertas no Título II da Constituição (arts. 5º a 17) a condição de direitos formalmente fundamentais, todas as normas ali contidas hão de ser consideradas cláusulas intangíveis – inclusive normas organizatórias (art. 14, § 3º, incisos I a VI, e § 4º a 8º) e de caráter penal (art. 5º, XLII e XLIII) –²⁰, sob pena de autorizar-se que os poderes constituídos se substituam ao constituinte na determinação do rol de direitos fundamentais. Além disto, os direitos materialmente fundamentais não incluídos no Título II da Constituição também teriam o *status* de cláusula intangível, mercê da cláusula materialmente aberta contida no art. 5º, § 2º.²¹

Parece-nos, contudo, que apenas os direitos materialmente fundamentais são cláusulas pétreas, ainda que a inserção no catálogo constitucional de direitos fundamentais gere uma presunção (relativa) de jusfundamentalidade.²² Esta linha de interpretação se guia pela preocupação com um excessivo inflacionamento dos direitos fundamentais erigidos ao rol de cláusulas pétreas, que, para além de banalizá-los, é capaz de impedir que as gerações pós-88 vivam de acordo com as normas de sua eleição, instituindo

19 Sobre os direitos à nacionalidade e políticos, conferir o magistério de Celso Lafer, que, na esteira de Hannah Arendt, salienta que os direitos à nacionalidade e à cidadania consistem em verdadeiros direitos a ter direitos, na medida em que estabelecem o vínculo jurídico entre indivíduo e Estado, sujeitando o primeiro ao ordenamento jurídico respectivo, e, especialmente, conferindo-lhe os direitos e garantias fundamentais ali previstos. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 148.

20 SARLET. Op. cit., p. 73/74 e 367.

21 SARLET, Ingo W. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 73-74, 367.

22 BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Neste sentido, ver também FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 203/1; VELLOSO, Carlos Mario. Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária. In: MELLO, Celso Antônio Banderia de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e a sua reserva de justiça*. Op. cit...

do odioso governo dos mortos sobre os vivos. Explica-se: embora em nosso contexto o controle da constitucionalidade de emendas constitucionais seja absolutamente essencial para a proteção dos direitos fundamentais, considerar “cláusulas intangíveis” todos os direitos formalmente fundamentais (arts. 5º a 17 da Constituição), além dos direitos materialmente fundamentais previstos ao longo do texto, em tratados internacionais e decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, consiste em exegese excessivamente ampliativa do âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. De fato, haverá na hipótese fundado risco de implantar verdadeiro “governo dos mortos sobre os vivos”, vez que sujeitaria a geração atual a um amplíssimo rol de normas estatuídas pela geração constituinte, muitas delas de caráter substantivo e despidas de uma especial dignidade normativa.

Veja-se um exemplo: se uma emenda constitucional se destinasse a desconstitucionalizar o estatuto constitucional das inelegibilidades previsto no art. 14 da CF/88, sem que estabelecesse qualquer nova restrição às capacidades eleitoral ativa e passiva, seria inconstitucional pelo simples fato de transferir a sua disciplina do plano constitucional para o legal? A adotar-se a concepção em exame, a resposta seria positiva, à vista de as normas organizatórias contidas no estatuto das inelegibilidades se consubstanciarem em direitos formalmente fundamentais. Todavia, para evitar o alvitrado inflacionamento das cláusulas pétreas, parece-nos mais adequado inserir nesse rol apenas as normas que ostentem a condição de direitos materialmente fundamentais.

Tendo em vista que os direitos materialmente fundamentais – como as liberdades civis, os direitos políticos e à nacionalidade, os direitos sociais ligados ao mínimo existencial –, tendem a ser considerados condições essenciais a uma concepção substantiva de democracia,²³ a

23 Mesmo um “procedimentalista convicto” como Jürgen Habermas insere direitos materialmente fundamentais em sua concepção de democracia, como se vê do sistema de direitos que engendra: “(1) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito a maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*; (...) (2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (...) (4) direitos fundamentais à participação, em igualdades de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo; (...) (5) direitos fundamentais a condições

limitação que eles impõem à deliberação supermajoritária do Parlamento contida nas Emendas Constitucionais, antes de prejudicar, fortalece a democracia. Ademais, partindo do pressuposto de que as mencionadas condições da democracia são objeto de consenso sobreposto entre as diversas doutrinas econômicas, políticas, religiosas e filosóficas presentes numa sociedade pluralista, a sua tutela por instância contramajoritária não se revela antidemocrática, já que o Judiciário restringe a sua atuação a uma área de neutralidade política, guiando-se por uma razão pública.²⁴

Após o esclarecimento das principais controvérsias doutrinárias a propósito do sentido e do alcance do art. 60, § 4, IV, da CF/88, cumpre-nos analisar como o Órgão de Cúpula do Judiciário brasileiro sobre elas se posicionou.

3. A PROTEÇÃO DOS “DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS” EM FACE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

3.1. À guisa de introdução: a possibilidade de o STF declarar inconstitucional Emenda Constitucional

Apesar do silêncio da Constituição de 1988,²⁵ o Supremo Tribunal Federal se reputa, há muito, competente para controlar a constitucionalidade de emendas. Com efeito, o STF, desde 1926 (HC n. 18.178),²⁶ vem afirmando, em tese, a sua competência para tal providência, embora somente na ADI n. 939-DF²⁷ (1993) haja efetivamente declarado a inconstitucionalidade de dispositivos insertos em emenda constitucional (*in casu* a EC n. 03/1993, que excluía o IPMF da incidência do princípio da anterioridade tributária).

de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).” (grifos do original) HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 159-160.

24 Ver no direito brasileiro a contribuição pioneira de VIEIRA, Oscar Vilhena, *A Constituição e a sua reserva de justiça*; no mesmo sentido, BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Sobre a noção de razão pública, cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

25 O art. 60, § 4º, da Constituição em vigor se limita a estatuir que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” as matérias arroladas nos seus quatro incisos.

26 Revista Forense, 47, p. 748/827.

27 RTJ – 151, p. 755-841.

Cumprir notar que o STF se aproximou de orientação fixada pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) que, desde o julgamento do caso da “privacidade de comunicação”²⁸ (1970), vem afirmando, em tese, a sua competência para controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais, apesar de nunca haver, efetivamente, julgado inconstitucionais dispositivos inseridos em emendas à constituição.²⁹ Por outro lado, o STF se afastou da postura severamente autorrestritiva adotada pela Suprema Corte dos EUA, que, para além de nunca haver proclamado a sua competência para controlar a constitucionalidade de emendas, emitiu o entendimento de que, em regra, uma tal afirmação escapa às atribuições do Poder Judiciário, por se cuidar de questão política.³⁰

28 BverfGE, Sentença 30, I, de 15 de dezembro de 1970.

29 No caso da “privacidade de comunicação”, o Tribunal Constitucional julgou constitucional emenda que modificara o art. 10 da Lei Fundamental de Bonn, a qual, com o escopo de proteger a soberania nacional e combater inimigos estrangeiros e domésticos, conferia ao Parlamento poderes para editar lei que permitisse ao Executivo fiscalizar comunicação de pessoa sem a sua ciência, afastando, ademais, o controle judicial dos atos administrativos destinados a efetivar a referida fiscalização. Suscitou-se a sua inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, sob o argumento de que restariam violados os arts. 1 e 20 da Lei Fundamental, notadamente os princípios da dignidade humana e do Estado de Direito, erigidos à condição de cláusulas pétreas pelo art. 79, III, da Lei Fundamental.

A Corte, após afirmar a possibilidade de controlar a constitucionalidade de emenda constitucional, considerou a emenda em tela constitucional, sob o argumento principal de que “não é permitido aos inimigos da Constituição colocar em risco, prejudicar, ou destruir a existência do Estado sob o pálio da proteção de direitos conferida pela Lei Fundamental”. Adotou-se, portanto, uma concepção minimalista a respeito da interpretação dos limites materiais ao poder de reforma, na medida em que estes se destinariam apenas a evitar que “a ordem constitucional seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário”. Ver, respectivamente, BverfGE, 30:1 (24) *apud* KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. London: Duke University, 1997. p. 228; BverfGE, 30:1 (24) *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 252.

30 Julgado paradigmático foi proferido em *Coleman v. Miller* (307 US 433 (1939)), no qual a Suprema Corte dos EUA apreciou as seguintes questões: (i) poderia o governador de Kansas ter proferido voto de minerva no âmbito da legislatura do respectivo Estado, no que toca à ratificação de projeto de emenda que dispunha sobre trabalho infantil (a qual nunca chegou a ser ratificada por dois terços dos Estados)?; (ii) pode um Estado ratificar emenda que antes havia rejeitado?; (iii) pode um Estado ratificar uma proposta de emenda a qualquer tempo? (no caso tinham se passado treze anos da sua propositura). O Tribunal dividiu-se a respeito de o primeiro tópico encerrar, ou não, questão política, acabando por manter, sem expressar uma

No que toca ao limite de o STF não adotar a concepção minimalista afirmada pelo *Bundesverfassungsgericht* no caso da “privacidade de comunicação”, no sentido de que os limites materiais ao poder de reforma representam apenas uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição (*Revolutions-und Verfassungsbeseitigungsverbot*). Entende o STF, ao revés, que os limites materiais ao poder de reforma encerram proibições de ruptura dos princípios nelas contidos, de maneira que, caso as emendas suprimam o núcleo essencial das cláusulas pétreas isoladamente consideradas, elas devem ser declaradas inconstitucionais, ainda que não haja risco de erosão da Constituição como um todo.³¹

Feitos estes esclarecimentos, nos próximos itens será efetuada a análise das hipóteses mais relevantes em que o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade de emendas constitucionais à luz do art. 60, § 4, IV, da CF/88,³²

visão a respeito da sindicabilidade judicial da questão respectiva, a decisão da Corte Suprema do Kansas que se negara a invalidar a participação do governador. Quanto aos demais, por uma maioria de sete a dois, o Tribunal considerou-os questões políticas, e, por conseguinte, judicialmente insindicáveis. Vale destacar que quatro juízes (Black, Roberts, Felix Frankfurter e William Douglas) davam à decisão uma maior extensão, para reconhecer uma completa discricionariedade do Congresso no exercício da competência que lhe foi deferida pelo art. V, não possuindo nenhum juiz ou Tribunal autoridade constitucional para controlar, em qualquer medida ou aspecto, a constitucionalidade de emendas constitucionais. Tal orientação genérica, contudo, não foi acolhida pela maioria do Tribunal. Ver TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: New York Foundation, 2000. v. I, p. 104; HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court Decisions*. New York: Oxford University, 1999. p. 60-61.

31 MENDES, Gilmar Ferreira. Os Limites da Revisão Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 5, n. 21, p. 78, out./dez. 1997.

32 Convém destacar que se adotou o critério da relevância para os propósitos deste trabalho, ante os seus limites. Assim, não serão analisadas algumas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade em que a arguição de violação ao art. 60, § 4º, IV, da CF/88 não foi julgada ou foi rejeitada pelo STF. Convém mencionar, por exemplo, a ADI 829/DF ajuizada contra a EC n. 02/1992 (antecipação da data do plebiscito sobre a forma e o sistema de governo, previsto no art. 2, do ADCT); ADI 1501/SP proposta em face da EC n. 12/96 (instituição da CPMF); ADI 1749-5 aforada contra a EC n. 14/96 (criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério); ADI 1805/DF proposta em face da EC n. 16/97 (introdução da possibilidade de os Chefes do Poder Executivo se candidatarem à reeleição); ADI 2047/DF proposta em face da EC 19/98 (Reforma Administrativa); ADI 2024/DF proposta contra a redação conferida pela EC n. 20 ao art. 40, p. 13, da CF (vinculação de servidor ocupante de cargo em comissão ao regime geral de previdência social); ADI 3653-0, proposta em face da Emenda Constitucional 28/2000 (substituição da imprescritibilidade dos

demitindo-nos, ante o objeto específico deste trabalho, do exame dos casos em que o STF apreciou a juridicidade do exercício do poder de reforma à luz de cláusula pétrea diversa dos “direitos e garantias individuais”.

3.2. O “*leading case*”: A garantia da anterioridade tributária e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-DF (não aplicação da anterioridade ao IPMF, EC n. 03/93)

Conforme já se salientou, a importância da decisão proferida na ADIn n. 939-DF para o presente estudo é notória, pois foi a primeira oportunidade em que o STF, efetivamente, declarou inconstitucional dispositivo inserto em emenda constitucional. Com efeito, nesta histórica decisão, o STF declarou a inconstitucionalidade da expressão “art. 150, III, b e VI” contida no parágrafo 2º, do art. 2º da Emenda Constitucional n. 03, que excluía a aplicação da regra da anterioridade tributária (art. 150, III, a) e das imunidades arroladas no art. 150, VI, da Constituição da República, ao imposto provisório sobre a movimentação financeira (IPMF).^{33 34}

créditos dos trabalhadores rurais em face dos seus empregadores pelo lapso prescricional de cinco anos); ADI 2666/DF, na qual o STF entendeu que a prorrogação da CPMF, autorizada pelo art. 3, da EC n. 37/2002, não deveria observar a anterioridade nonagesimal (art. 195, p. 6, da CF/88).

Cita-se, por fim, a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 01/93 e a ADI 2031/DF. Na primeira se buscava confirmar a constitucionalidade da instituição da COFINS pela Lei Complementar n. 70/91. Curiosamente nesta ação discutiu-se, incidentalmente, a alegação de inconstitucionalidade da própria criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela EC n. 03/93, formulada, originariamente, na ADIn 913-3, proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil. O STF, por sua vez, não vislumbrou as alvitadas violações aos diversos direitos fundamentais apontados, v.g.: acesso à justiça, devido processo legal, ampla defesa e contraditório – inscritos nos incisos XXXV, LIV e LV, da CF/88.

Na segunda, o STF declarou a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 75, do ADCT, introduzido pela EC n. 21/99 (autorização para a União emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos seriam destinados ao custeio da saúde e da seguridade social, em montante correspondente ao produto da arrecadação da CPMF). Todavia, tendo em vista cuidar-se de inconstitucionalidade formal – não devolução à Câmara dos Deputados de trecho modificado pelo Senado Federal – a vertente decisão não se afigura particularmente relevante para os propósitos do presente trabalho.

33 Com acuidade, anotou o Min. Paulo Brossard que: “Pela primeira vez, a constitucionalidade de uma emenda constitucional ou de aspectos de uma emenda constitucional chega até o Supremo Tribunal e é por ele enfrentada e decidida”. ADIn n.939-DF, Tribunal Pleno, STF, RTJ 151, p. 837.

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

(...)

III – cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vi-

Reconheceu o Supremo, a princípio, que o art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição imuniza do poder de emenda não apenas os direitos e garantias individuais, entendidos como direitos da liberdade arrolados no art. 5º, mas os direitos fundamentais em geral, inclusive aqueles que, apesar de não positivados no respectivo rol constitucional, tenham a essência de direito fundamental (fundamentalidade material), mercê da cláusula materialmente aberta contida no parágrafo 2º do artigo 5º.³⁵

Daí já se pode perceber que o STF não acolheu a tese doutrinária que restringe as cláusulas pétreas aos incisos do art. 5, antes admitindo que direitos previstos ao longo do texto, desde que materialmente fundamentais, também possuam tal natureza. Note-se, portanto, que a interpretação preconizada no presente trabalho a respeito do art. 60, § 4º, IV, da CF/88 se encontra em fina sintonia com o posicionamento esposado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 939-DF. Tal orientação, aliás, foi singularmente ilustrada pelo seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso:

“Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5, parágrafo 2, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.

É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. Hoje não falamos, apenas, em direitos individuais, assim direitos de primeira geração. Já falamos em direitos de primeira, de segunda, de terceira e até de quarta geração.³⁶

Prosseguindo o julgamento, considerou o Tribunal, em sua maioria, que a garantia do contribuinte à anterioridade tributária “*representa um dos direitos fundamen-*

gência da lei que os houver instituído.

(...)

IV – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão”.

35 Cf. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit.

36 Voto do Min. Carlos Mário Velloso: ADIn n.939-DF, Tribunal Pleno, STF, RTJ 151.

tais mais relevantes outorgados pela Carta da República ao universo dos contribuintes” notadamente por “constituir limitação ao poder impositivo do Estado”,³⁷ de maneira que, destinando-se à contenção do arbítrio estatal, tal qual os direitos de primeira geração, resulta intangível à mão do constituinte derivado, tendo em vista o disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição.³⁸

Pelo que se expôs, merece aplausos esta histórica decisão, no que toca à afirmação da possibilidade jurídica do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais e à inclusão das distintas gerações de direitos fundamentais no âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. No mérito, porém, parece-nos excessiva a atribuição do *status* de cláusula pétreia à anterioridade tributária (art. 150, III, b, da CF/88); senão vejamos.

Não há dúvidas de que a anterioridade tributária, ao proscrever a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, consiste em instrumento de garantia, sob a forma de regra, do princípio da segurança jurídica. Isto porque se destina a garantir certeza jurídica em matéria tributária, permitindo que o contribuinte conheça o teor da lei impositiva no exercício financeiro anterior ao da cobrança, e, por conseguinte, possa fazer o planejamento tributário da sua atividade econômica. Assim, “a anterioridade, além de prevenir a surpresa da imposição (aspecto mais comumente destacado na garantia), tutela ainda uma vez a certeza do direito do contribuinte ao assegurar um mínimo de estabilidade (o período de um ano fiscal) à vigência da lei tributária.”³⁹ É estreme de dúvidas, também, que o princípio da segurança jurídica consiste em direito formal e materialmente fundamental, se consubstanciando, ao lado da justiça, em verdadeiro alicerce do Estado de Direito, sendo, portanto, insuscetível de supressão pelo poder constituinte derivado. Resta indagar, contudo, se a garantia da anterioridade tributária ostenta igual dignidade normativa.

Note-se, preliminarmente, que a anterioridade tributária se encontra positivada fora do Título II da Constituição (afeto aos direitos e garantias fundamentais), de

37 Voto do Min. Celso de Mello, in ADIN n.939-DF, Tribunal Pleno, STF, RTJ 151, p. 830.

38 Voto do Min. Carlos Mário Velloso, in ADIN n.939-DF, Tribunal Pleno, STF, RTJ 151, p. 829.

39 NOVELLI, Flavio Bauer. Norma Constitucional Inconstitucional? A propósito do art. 2, p. 2, da EC n. 3/93. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 330, p. 67, 1995.

maneira que o seu *status* de cláusula pétreia depende de vermos nela um direito materialmente fundamental. A propósito, cumpre destacar que a anterioridade tributária consiste em garantia, e não em direito fundamental, dada a sua natureza de instrumento de proteção da segurança jurídica, esta sim direito materialmente fundamental.

O corolário natural do exposto é que a anterioridade tributária somente pode ser considerada cláusula pétreia se houver demonstração satisfatória de que se cuida de garantia inserta no núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica, de maneira que, despida desta garantia, a segurança jurídica do contribuinte perderia todo o seu sentido útil. Impõe-se, portanto, indagar a respeito da intensidade com que a anterioridade promove a segurança jurídica, visto que as posições jurídicas incluídas no núcleo essencial de um princípio consistem no seu grau mais forte de realização, confundindo-se com a sua própria identidade.

A propósito, há de sentir-se seguro o contribuinte com a “garantia” de que um tributo instituído em 31 de dezembro será cobrado no exercício financeiro seguinte? Tal regra possibilitará o conhecimento do teor da lei impositiva da exação, com a antecedência necessária a evitar-se a surpresa do contribuinte, permitindo o necessário planejamento tributário? Parece evidente que não. A bem da verdade, a segurança jurídica do contribuinte parecia muito mais ampla e eficazmente garantida pelo finado princípio da anualidade tributária, “segundo o qual nenhum tributo (com as conhecidas ressalvas) poderia ser cobrado em cada exercício sem prévia autorização na lei orçamentária anual”,⁴⁰ já que a anterioridade exige apenas que a lei tributária seja anterior ao exercício, não havendo qualquer óbice a que seja posterior à aprovação do orçamento. Soa absolutamente paradoxal, por sua vez, que o princípio da anterioridade haja sido concebido, segundo opinião doutrinária dominante, por construção jurisprudencial ab-rogatória do princípio matriz da anualidade (art. 141, § 34, da CF/1946), entre os anos de 1962 e 1963.⁴¹ Prossegue o ilustre Professor Flavio Bauer Novelli, na esteira de Baleeiro:

“Em suma, a controvertida inserção do princípio no direito positivo deu-se, consoante a enérgica expressão de ALIOMAR BALEEIRO, por via de uma distensão máxima da interpretação jurisprudencial, inspirada por motivos patrióticos, a qual, além de constituir, diz ainda BALEEIRO, erro grosseiro e violação fron-

40 Ibid., p. 68.

41 Ibid.

tal ao art. 141, p. 34, da Constituição (de 1946) (são nossos os grifos), só se excogitou no intento mais que óbvio, não de garantir, mediante nova salvaguarda, o direito do contribuinte, mas, ao revés, de abrir, em desfavor desse, uma exceção permanente, uma fissura irreparável no corpo da garantia mais ampla, a da anualidade tributária.”⁴²

O irretocável excerto do Professor de Direito Financeiro da UERJ evidencia o caráter contraditório de atribuir-se o *status* de superconstitucionalidade a uma regra que, por um lado, garante, em nível bastante atenuado, a segurança jurídica – despiando-se, portanto, de fundamentalidade material – e que, por outro, foi introduzida no ordenamento jurídico com o escopo de cristalizar uma linha jurisprudencial que, inspirada pelas mais claras “razões de Estado”, e em frontal oposição à letra do art. 141, p. 34, da CF/1946,⁴³ mutilara o “princípio” da anualidade, este sim garantia efetiva da certeza jurídica em matéria tributária. Não se pode afirmar, tendo em vista o princípio democrático, a legitimidade do Judiciário para “interpretar” a anualidade como se anterioridade fosse, e, ao mesmo tempo, reconhecer a sua “superconstitucionalidade” para declarar a inconstitucionalidade de emenda constitucional que excepcionara a anterioridade no caso específico de um tributo.

O bom direito parece constar dos acuidosos votos vencidos. A propósito, confira-se trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence que bem elucida o núcleo da objeção dos Ministros Rezek, Octavio Gallotti, além do próprio Pertence, *verbis*:

Creio que na demarcação de qual seja a extensão da limitação material ao poder de reforma constitucional, que proíbe a deliberação sobre propostas tendentes a abolir direitos e garantias individuais, o intérprete não pode fugir de uma certa carga axiológica a atribuir, no contexto da Constituição, a eventuais direitos e garantias nela inseridos. E não consigo, por mais que me esforce, ver na regra da anterioridade, recortada de exceções no próprio texto de 1988, a grandeza de cláusula perene, que se lhe quer atribuir, de modo a impedir ao órgão de reforma constitucional a instituição de um imposto provisório que a ela não se submeta.⁴⁴

42 Ibid.

43 Art. 141 (omissis), p. 34: “Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra”. A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, em seu artigo, 153, p. 29, promoveu a convalidação da anualidade para a anterioridade no âmbito do direito constitucional positivo.

44 ADIN n.939-DF, Tribunal Pleno, STF, RTJ 151. Votaram vencidos na análise do pedido de liminar os Ministros Sepúlveda Pertence, Octávio Gallotti e Francisco Rezek, e, no mérito, apenas os dois primeiros.

3.3. A garantia da anterioridade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685-8 (“verticalização” e anterioridade eleitoral, EC n. 52/2006)

Em julgamento relativamente recente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo inserto em emenda constitucional com base também em regra constitucional destinada a garantir a segurança jurídica. A propósito, no julgamento da ADIN n. 3685-8,⁴⁵ o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da EC n. 52/2006. A referida emenda, em seu art. 1º, alterara a redação do art. 17, § 1º, da CF/88, com o escopo de afastar a obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal, pondo fim à chamada “verticalização”. Este dispositivo, contudo, não foi alvejado pela ADIN n. 3685-8, que se limitou a arguir a inconstitucionalidade do art. 2º, da EC n. 52/2006, assim vazado: “Esta Emenda entra em vigor na data da sua promulgação, aplicando-se às eleições de 2002”.

A alusão à eleição ocorrida há quase quatro anos da aprovação da emenda se deve à circunstância de o respectivo projeto haver sido ofertado antes de outubro de 2002, não produzindo, obviamente, quaisquer efeitos retroativos. A inconstitucionalidade alvitada pelo STF consistia na circunstância de o mencionado dispositivo dar azo à aplicação do art. 1º da EC n. 52/2006 já nas eleições de outubro de 2006, na medida em que a referida emenda, ao ser aprovada em 08.03.2006, não respeitara a regra da anualidade eleitoral inscrita no art. 16 da Constituição de 1988, *verbis*: “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”

Dentre os argumentos coligidos pela tese vencedora no STF, destaca-se o alusivo à alteração do processo eleitoral há menos de um ano do pleito supostamente atentar contra a segurança jurídica, princípio que consiste no suporte axiológico da regra inscrita no art. 16 da Constituição. Tal argumento, à luz das peculiaridades da hipótese submetida ao crivo do Excelso Pretório, não merece acolhida. A propósito, vê-se no voto condutor da Min. Ellen Gracie, relatora

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3685-8. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Gracie, 23 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006.

do processo, uma explícita associação entre a anterioridade tributária e a anualidade eleitoral, já que ambas seriam destinadas a manter as regras do jogo e a evitar sobressaltos e insegurança ao cidadão-contribuinte e ao cidadão-eleitor, respectivamente.

Assim, valendo-se do que restara decidido no bojo da ADIn 939, entendeu-se que se afigurava corolário inafastável da segurança jurídica atribuir ao cidadão e aos atores políticos o direito fundamental ao conhecimento das normas sobre o processo eleitoral com a antecedência mínima de um ano. Mais especificamente, a anualidade eleitoral (art. 16, da CF/88) se consubstanciaria em configuração do próprio constituinte ao conteúdo da segurança jurídica aplicada ao processo eleitoral, ou, nas palavras da eminente Ministra Relatora, “(em) segurança jurídica qualificada pela própria Constituição.” Cuidando-se, a segurança jurídica, de direito individual insuscetível de abolição pelo constituinte reformador, houve-se por bem declarar o mencionado dispositivo inconstitucional.

Em tese, revela-se inequívoco que a regra da anualidade eleitoral consiste em garantia tendencialmente apta a promover o princípio da segurança jurídica, ostentando, a princípio, o *status* de fundamentalidade material. Neste ponto, deve ser destacado o acerto do STF em não conferir à regra da anterioridade eleitoral proteção superconstitucional pelo simples fato da sua inclusão no título II da Constituição (fundamentalidade formal). Ao contrário, a condição de cláusula pétrea derivou do seu papel de promover direitos materialmente fundamentais, sobretudo os princípios da democracia e da segurança jurídica, consoante a tese por nós defendida na seção anterior. Na hipótese, tal aferição de conteúdo se revelava necessária não apenas em virtude da imprescindibilidade de restringir a esfera de proteção superconstitucional aos direitos materialmente fundamentais, mas também pela circunstância de a anualidade eleitoral, assim como a anterioridade tributária, consubstanciar-se em garantia fundamental, avultando a sua função de instrumento destinado à promoção da segurança jurídica.

Nada obstante, no mérito da solução da questão de constitucionalidade submetida ao STF, parece-nos que, mais uma vez, a melhor exegese foi conferida pelos votos vencidos, lavrados nesta ocasião pelos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Preliminarmente, convém proceder a breve histórico da “verticalização”. A propósito, em 10.08.01 foi formulada consulta, tombada sob o n. 715, ao Tribunal Superior Eleitoral, a respeito

da interpretação que deveria ser emprestada ao art. 6º, da Lei n. 9.504, de 30.09.97, assim vazado: “É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.”

O TSE, por intermédio da Resolução n 21.002, de 26.02.02, e sob o fundamento principal de a circunscrição maior abranger a menor, haja vista o caráter nacional dos partidos políticos, exarou a seguinte decisão: “Consulta. Coligações. Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal, e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente, ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial.” Embora os partidos que tenham candidatura ou que integrem coligação com candidato próprio a Presidente da República não possam se coligar, no âmbito dos Estados, com partidos que tenham outros candidatos no plano nacional (isoladamente ou em coligação com outros partidos), não há a obrigatoriedade de os partidos coligados nacionalmente reproduzirem tais alianças no âmbito dos Estados. Para além disto, os partidos “sem candidato” a Presidente da República podem se coligar, no âmbito dos Estados, com quaisquer partidos, inclusive com aqueles que tenham candidatura a Presidente.

Do exposto, parece nítido que esta “verticalização atenuada” foi formalmente instituída por Resolução do TSE, mercê de uma interpretação do art. 6º, da Lei n. 9.504 que se afasta da sua exegese mais evidente, tendo em vista que a exigência de coerência nas coligações se refere “(à) mesma circunscrição”, conceito que, nos termos do art. 86 do Código Eleitoral, vincula-se ao âmbito territorial relativo à eleição. Exemplificando, as circunscrições das eleições para Presidente e Governador são, respectivamente, os territórios nacional e estadual. Assim, o entendimento que nega a “verticalização”, ou seja, que aponta para o sentido de o legislador eleitoral aludir tão somente à obrigatoriedade de manutenção de compatibilidade nas coligações nos pleitos relativos ao mesmo âmbito territorial, parece defluir naturalmente do sentido e do alcance do dispositivo em exame. Esta interpretação – sublinhe-se, por relevante – foi esposada pelo constituinte reformador ao pôr fim à verticalização, mediante a aprovação da EC n. 52/06.

Por outro lado, também não se pode dizer absolutamente implausível a interpretação construtiva do TSE, no sentido de que, sobretudo em face do caráter nacional dos partidos (art. 17, I, da CF/88), a “cláusula – dentro da mesma circunscrição – deve ser entendida como o espaço maior, aquele em que se dá a eleição nacional”,⁴⁶ o qual, precisamente por abranger a circunscrição menor, condiciona as respectivas coligações estaduais, ainda que crie obrigação que não deflui imediatamente do enunciado.

Cuida-se, portanto, de conflito entre interpretações “razoáveis” conferidas a norma infraconstitucional pela maioria dos membros do Tribunal Superior Eleitoral e pela supermaioria de dois terços do Congresso Nacional.⁴⁷ O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem entendido que o Congresso Nacional, desde que o faça através de emenda constitucional e não viole cláusula pétrea, pode promover “interpretação autêntica” da Constituição Federal, eventualmente superadora de jurisprudência constitucional do próprio STF.⁴⁸ Aplicando ao caso em exame a referida orientação, inspirada, notadamente, pelo princípio democrático, não parece legítima a prevalência da interpretação do TSE, porquanto, embora o STF haja fundamentado a invalidação do art. 2º, da EC n. 52/2006, na circunstância de a anualidade eleitoral consistir em garantia essencial à preservação do princípio da segurança jurídica, inequivocamente cláusula pétrea, no contexto da hipótese submetida ao Excelso

46 Trecho colhido do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie na apreciação da consulta n. 715, Rel. Min. Garcia Vieira.

47 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 37, 2006.

48 O Tribunal, por ocasião do julgamento das ADIns n. 2979/DF e 2860/DF, ajuizadas Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — CONAMP e pela Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB declarou, por maioria, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art. 1º da Lei 10.628/2002, que estendiam o foro por prerrogativa de função a ex-detentores de cargo público e à ação de improbidade administrativa. No referido acórdão, “entendeu-se que o § 1º do art. 84 do CPP, além de ter feito interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, usurpou a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao inverter a leitura por ele já feita de norma constitucional, o que, se admitido, implicaria submeter a interpretação constitucional do Supremo ao referendo do legislador ordinário.”

Pretório, a anualidade ia de promoção à promoção do respectivo princípio, conforme buscaremos demonstrar nas seguintes linhas.⁴⁹

Cumprir notar que nas eleições que se seguiram à aprovação da Lei n. 9.504, de 30.09.97, não foi aplicada a regra da verticalização, prevalecendo a interpretação de que o art. 6º do referido diploma normativo não impunha a coerência entre as coligações nacionais e estaduais. À míngua de alteração legislativa, os atores políticos esperavam, neste particular, que o pleito de 2002 fosse regido pelas mesmas regras aplicáveis às eleições de 1998. Conforme salienta, com precisão, Cláudio Pereira de Souza Neto, a partir desta perspectiva

*se estruturaram as estratégias partidárias e foram tomadas importantes decisões políticas. A decisão do TSE surpreendeu a todos e agregou às eleições daquele ano uma forte dose de incerteza; representou, no mínimo, a substituição de uma interpretação (mais corrente e mais próxima do texto legal) por outra interpretação (mais construída e estranha ao texto), a menos de um ano da realização do certame eleitoral.*⁵⁰

Do exposto, afigura-se nítido que a Resolução n. 21.002 do TSE, de 26 de fevereiro de 2002, a par de haver introduzido nova regra à disciplina legal das eleições de outubro de 2002, o fez há menos de um ano do pleito, da mesma forma que o art. 2º, da EC n. 52/2006, ainda que o constituinte reformador tenha seguido sentido inverso (supressão da verticalização). Mesmo que se abstraia a questão afeta à exegese mais acertada do art. 6º da Lei n. 9.504 (inclusive em razão de ambas serem comportadas pelo texto do respectivo enunciado normativo), o contexto que a antecedeu torna inequívoco que a decisão do Tribunal Superior Eleitoral não trouxe estabilidade ao processo político eleitoral, se não produziu efeito diametralmente antagônico.⁵¹

Como era de se esperar, verificaram-se reações no meio político à verticalização instituída pelo TSE. Proposta ADIN em face da Resolução n. 21.002/2002 do TSE, o Supremo Tribunal Federal a ela negou conhecimento, sob o argumento de alvejar ato normativo infralegal, em relação ao qual só há de cogitar-se de

49 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685-8. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 37, 2006..

50 Ibid.

51 Ibid.

inconstitucional destinado a suprimir a “verticalização”, apresentado em 2002, só veio a ser aprovado em 2006, dando origem, precisamente, à Emenda Constitucional n. 52. Cláudio Pereira de Souza Neto delinea, com acuidade, o “clima” e as expectativas políticas que antecederam a respectiva deliberação do Congresso Nacional:

Antes disso, porém, em 2003, o TSE decidiu que a regra da verticalização não se estendia aos municípios. Já em fevereiro de 2005, o TSE decidiu que a regra da verticalização se mantinha para as eleições estaduais e nacionais. No curso de todo o processo legislativo para a aprovação da Emenda, os partidos se digladiaram permanentemente. Alguns deles mudaram de posição ao longo do processo. O que houve, portanto, foi um longo período de insegurança. Ninguém sabia, de fato, qual regra valeria nas próximas eleições. Não se tinha como assentada, inclusive, a circunstância de o artigo 16 da Constituição Federal ser cláusula pétrea. Foi a decisão do STF que pôs fim a essas incertezas. A decisão da Corte foi percebida como aquela que definitivamente instituiu o marco jurídico. Vista sob o prisma contextual, não havia, portanto, segurança a ser preservada.⁵²

Ora, se o conturbado contexto que se seguiu às eleições de 2002 não permitia prever, com um grau mínimo de certeza, qual seria a regra do processo eleitoral de 2006, não parece legítimo, à luz do princípio democrático, que o STF, com base, precisamente, no princípio da segurança jurídica, faça prevalecer a interpretação do TSE à lavrada pelo Congresso Nacional, já que tanto a decisão do primeiro quanto a do último foram tomadas há menos de um ano das eleições de 2002 e 2006, respectivamente. Com efeito, inexistindo segurança jurídica a proteger, já que não havia elementos para se concluir com segurança qual seria a disciplina normativa da questão, não há

52 Veja-se elucidativo trecho da sua ementa: “Tendo sido o dispositivo impugnado fruto de resposta à consulta regularmente formulada por parlamentares no objetivo de esclarecer o disciplinamento das coligações tal como previsto pela Lei 9.504/97 em seu art. 6º, o objeto da ação consiste, inegavelmente, em ato de interpretação. Saber se esta interpretação excedeu ou não os limites da norma que visava integrar, exigiria, necessariamente, o seu confronto com esta regra, e a Casa tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado o de legalidade do poder regulamentar. (...) Por outro lado, nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE. Sendo assim, não há como vislumbrar ofensa direta a qualquer dos dispositivos constitucionais invocados. Ação direta não conhecida. Decisão por maioria”. ADI 2628/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Rel. p/ Acórdão Min. Ellen Gracie, DJ 05.03.2004.

53 SOUZA NETO, Cláudio Pereira Op. cit.. O autor se refere às Resoluções TSE n. 21474, de 26.08.2003; n. 21986, de 15.02.2005.

que se falar em violação à cláusula pétrea, de modo que, a nosso ver, a orientação fixada pela supermaioria dos membros do Congresso Nacional deveria ser reverenciada pelo Judiciário.⁵⁴ Cuida-se, a propósito, de corolário da tese desenvolvida no curso do trabalho, no sentido de interpretar-se o art. 60, § 4º, IV, da CF/88, com razoável dose de autorrestrrição judicial, de maneira a preservar a intangibilidade dos ditos elementos constitucionais essenciais sem malferimento do princípio democrático.

3.4. A proteção superconstitucional conferida aos direitos sociais. ADIN n. 1946/DF: licença à gestante e o art. 60, § 4, IV, da CF/88.

Sobre a tormentosa questão relativa a saber se os direitos sociais são, ou não, cláusulas pétreas, releva destacar o acórdão proferido pelo STF no julgamento da ADIN n. 1946/DF, Relator Min. Sydney Sanches.⁵⁵ Cuidava-se de ação direta proposta em face do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/98, assim vazado: “O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.”

O Tribunal, em decisão histórica, houve por bem julgar a ação procedente em parte, realizando uma “interpretação conforme a constituição” do dispositivo transcrito, de modo a afastar a exegese que incluía a licença à gestante no teto por ele instituído. Note-se que se afigurava formalmente possível a interpretação que sujeitava a licença à gestante ao limite máximo de R\$ 1.200,00, porquanto, por um lado, o art. 14 da EC 20/98 não estabelecia distinções entre os benefícios previdenciários que deveriam ceder ao teto, e, por outro, o problema da proteção à gestante vem sendo tratado desde 1932, e, mais claramente, a partir de 1974, “cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador), e cada vez mais como encargo de natureza previdenciária.”⁵⁶ A

54 Ibid.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 1946. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requerido: Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social e Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Relator: Min. Sidney Sanches, 03 de abril de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006. RTJ 186: 472/479.

56 Excerto retirado da emenda do mencionado acórdão.

Constituição de 1988, por sua vez, manteve a natureza previdenciária do referido benefício, ao incluir a proteção à maternidade entre os direitos sociais arrolados no art. 6º, e entre os benefícios previdenciários arrolados no art. 201 da CF (inciso II).

Salienta-se que o Tribunal, ao rechaçar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, reiterou a possibilidade de controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais, nos termos em que afirmada no julgamento da ADIn n. 939-DF. No mérito, o Tribunal, à vista da acolhida do voto condutor do Min. Sydney Sanches, entendeu que não se deveria presumir que o constituinte reformador, ao estabelecer um teto genérico dos benefícios previdenciários, decidira, implicitamente, revogar o art. 7º, XVIII, que garantira às gestantes a percepção de valor idêntico ao salário a título de licença-gestante.

Ademais, interpretação diversa padeceria de inequívoca inconstitucionalidade, já que, caso se aplicasse o teto à licença-gestante, ter-se-ia como corolário imputar à previdência social o dever de arcar com apenas R\$ 1.200,00, competindo ao empregador pagar o restante, na hipótese de o salário da mulher-trabalhadora superar o referido valor. A consequência inevitável dessa desastrosa interpretação seria *“conclamar o empregador a oferecer à mulher-trabalhadora, quaisquer que sejam as suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença.”* Tal interpretação, evidentemente, não apenas suprimiria o art. 7, XVIII, como propiciaria *“a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7, inc. XXX, da CF/88).”*⁵⁷

A importância do acórdão em exame é evidente, já que, por seu intermédio, o STF invalidou interpretação de dispositivo de emenda constitucional supressivo de direito social prestacional, evidenciando que tais espécies de direitos fundamentais também são objeto de proteção superconstitucional. É verdade que o fundamento principal da decisão foi a preservação da igualdade de gênero no mercado de trabalho, típico direito a prestação estatal negativa. Contudo, não se pode perder de vista que o direito que seria imediatamente violado pela referida interpretação do art. 14 da Emenda 20 é um típico direito social prestacional, já que a licença à maternidade encerra o direito de a mulher exigir do poder público o dever de pagar o valor do seu salário no curso do

período de inatividade. Assim, cuida-se de um precedente importante no sentido da afirmação da “superconstitucionalidade” dos direitos sociais, sobretudo aqueles vinculados ao mínimo existencial.

Tão importante quanto o que se acabou de expor foi a circunstância de o STF não haver embasado a invalidação da referida exegese na simples supressão de direito inserido no art. 7º, mas na imprescindibilidade da manutenção da licença-maternidade para a preservação da vedação à discriminação de trabalhadores em virtude do sexo, a qual, evidentemente, se consubstancia em condição necessária ao tratamento de homens e mulheres com igual consideração e respeito. *Resta nítido, portanto, que o STF não atribuiu a condição de cláusula pétreia pela sua formal positividade no Título II da Constituição (alusivo aos direitos e garantias fundamentais), mas pelo seu conteúdo, ou mais precisamente, pelas repercussões deletérias da sua revogação para a proteção de direito materialmente fundamental.*

3.4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128-7. O caso da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos inativos e a inexistência de direito adquirido a não ser tributado

Decisão de destacado relevo foi prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIns n. 3128-7 e 3105-8,⁵⁸ ajuizadas, respectivamente, pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), em face do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.03 (Reforma Previdenciária), que possui o seguinte teor:

Art. 4 Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data da publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto em seu art. 3, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40, da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único: A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

⁵⁸ DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, p. 450 a 774, e DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-2, p. 123 a 416. As respectivas ações foram reunidas e mereceram idêntica decisão. V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128-7. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Gracie, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006.

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.”

Os autores alegaram, em abreviada síntese, que os servidores públicos inativos, ao preencherem os requisitos legais necessários para a aposentadoria no regime previdenciário instituído pela EC n. 20/98 (sob cuja égide não era possível a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos de inativos), incorporaram ao seu patrimônio jurídico o direito de não mais pagarem a referida contribuição. Assim, a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores que se aposentaram antes da EC n. 41/2003 violaria a cláusula constitucional da proteção do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF/88), que, na forma da doutrina majoritária, é oponível não só ao legislador ordinário, mas também ao constituinte reformador, por se cuidar de direito individual, e, portanto, cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. Ademais, pela sua aplicação resultar na redução do valor nominal do valor efetivamente percebido por servidores públicos, a contribuição em tela feriria de morte a garantia da irredutibilidade de vencimentos e proventos.⁵⁹

Reunidas as mencionadas ações diretas, exarou o Supremo Tribunal Federal acórdão assim ementado:

1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional n 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC Nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões,

de modo absoluto, a tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC n 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional Nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC Nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões cinquenta por cento do e sessenta por cento do constante do art. 4º, § único, I e II, da EC n 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do e sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional n 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.

O acórdão em referência resultou do voto do Ministro Cezar Peluso, ao qual aderiram os Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. Votaram pela declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Carlos Britto, Celso de Mello e Marco Aurélio Mello.

Não nos deteremos nos aspectos tributários do tema (traço de “contratualidade” das contribuições previdenciárias⁶⁰ versus concepção tradicional que a vê como tributo sujeito ao princípio da solidariedade;⁶¹ presença, ou não,

59 Argumentos não relacionados ao objeto deste estudo – os direitos fundamentais enquanto cláusulas pétreas – não serão examinados.

60 ADIN n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Britto, p. 501.

61 ADIN n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Velloso, p. 676 *et seq.*

de causa idônea para a sua instituição,⁶² violação, ou não, da igualdade tributária, etc.); antes, dados os propósitos deste trabalho, abordaremos apenas a “tese do direito adquirido”, a qual se cuidava, nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, do “*carro-chefe da fundamentação da presente ADIN e dos notáveis pareceres que a respaldam*” (e também dos votos vencidos dos Ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, e Marco Aurélio). A questão foi colocada da seguinte maneira pelo Min. Carlos Britto:

(Os) proventos da aposentadoria e eventuais pensões se constituem direito subjetivo do servidor público ou seu dependente, quando for o caso, desde que preenchidos os requisitos constitucionais. Noutros termos, a partir do momento em que o servidor passa a preencher as condições do gozo do benefício, já não poderá, por nenhum ato da ordem legislativa (art. 59), ser compelido a contribuir para o sistema previdenciário: nem por determinação legal, nem por determinação constitucional.

Esclarece o Ministro que tal conclusão se deve à circunstância de que, após o preenchimento dos respectivos requisitos constitucionais, o servidor adquire, definitivamente, direito subjetivo à percepção do valor integral dos seus proventos, prerrogativa que, nos termos do art. 5, XXXVI c/c art. 60, § 4º, IV, da CF/88, assume a condição de cláusula pétrea.⁶³ Idênticas foram as perspectivas esposadas por Celso de Melo e Marco Aurélio.⁶⁴

Todavia, os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Carlos Mário Velloso, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim asseveraram que *era precisamente a natureza tributária das contribuições previdenciárias que afastava a tese do direito adquirido, ante a inexistência de direito adquirido à não incidência de tributo nas hipóteses em que não houvesse norma constitucional específica que conceda imunidade tributária*. Os ínclitos Ministros atentaram, inicialmente, para a evolução da jurisprudência do STF. Em uma primeira fase, à vista de o art. 40, § 6º, da Constituição (com a redação dada pela EC n. 03/93) estabelecer que “*as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeados com recursos provenientes da União e de contribuições dos servidores*”, o STF considerava legítima a contribuição social para os servidores inativos e pensionistas. Neste sentido, a decisão proferida na ADI 1441-DF, Rel. Min. Otávio Gallotti, assim ementada:

Extensão, aos proventos dos servidores públicos inativos, da incidência de contribuição para o custeio da previdência social.

62 ADIN n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 754 et seq.

63 ADIN n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Britto, p. 506/507.

64 ADIN n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Votos dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, p. 659, 707.

*Insuficiente relevância, em juízo provisorio para fins de suspensão liminar, de arguição de sua incompatibilidade com os arts. 67; 195, II; 40, 6, 194, IV, e 195, p. 5 e 6, todos da Constituição Federal. Medida cautelar indeferida, por maioria.*⁶⁵

Salienta-se que a norma que concedera autorização constitucional para a cobrança da contribuição previdenciária fora introduzida por emenda constitucional, de maneira que, ao admitir a cobrança, o STF não vislumbrou a existência de direito adquirido a não incidência do referido tributo, pois, caso contrário, acabaria por reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade da mencionada alteração constitucional, negando legitimidade à cobrança do tributo.⁶⁶ A orientação que afirmava a constitucionalidade da contribuição previdenciária sobre os proventos dos inativos restou confirmada pela ADIN 1430, Rel. Min. Moreira Alves.⁶⁷

Todavia, conforme salienta Luís Roberto Barroso,

a Emenda Constitucional n. 20/98 alterou vários dispositivos constitucionais relevantes sobre o tema. Em primeiro lugar, o § 6º do art. 40 recebeu redação inteiramente diversa da anterior, sem qualquer referência específica à possibilidade de cobrança de contribuição de servidores. O *caput* do art. 40 manteve o princípio contributivo do sistema previdenciário, mas fez referência apenas a “servidores titulares de cargos efetivos” (o que abrangia apenas os servidores em atividade). Por fim, o § 12, do art. 40, passou a determinar a aplicação subsidiária do regime geral de previdência social aos servidores, sendo que o art. 195, II, da Constituição veda a incidência de contribuição previdenciária sobre a aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social.⁶⁸

Foi exatamente a exegese combinada dos arts. 40, § 12, e 195, II, da CF/88, associada à circunstância de a proposta de inclusão da contribuição previdenciária sobre os proventos de inatividade ter sido rejeitada na Câmara dos Deputados, que levou o STF, na ADIN n. 2010-2/DF,⁶⁹ Rel. Min. Celso de Mello, a declarar a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Federal n. 9783/99, que instituiu a alvitrada contribui-

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1441. Requerente: Partido dos Trabalhadores e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Otávio Gallotti, 28 de junho de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006. DJ 18.10.96.

66 Neste sentido, BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3, p. 208-209.

67 DJ 13.12.96.

68 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 209.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010-2. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006.

ção. Entendeu o STF, portanto, que a EC n. 20/98 introduzira hipótese de imunidade constitucional sobre a contribuição previdenciária dos aposentados, do que decorre a inconstitucionalidade da lei ordinária que instituiu a respectiva exação.⁷⁰ Note-se que esta segunda fase da jurisprudência do STF era absolutamente coerente com a primeira, já que, na primeira, a juridicidade da contribuição previdenciária dos inativos se justificara pela existência de autorização constitucional para a previsão do respectivo tributo, enquanto na segunda fase a impossibilidade da citada exação decorria, precisamente, de vedação constitucional específica.

Ora, à vista de a EC n. 41/2003 ter introduzido, expressamente, autorização constitucional para a instituição da contribuição previdenciária sobre os servidores inativos, impende concluir que o STF manteve absoluta coerência ao confirmar a sua presumida constitucionalidade. Com efeito, os Ministros que julgaram improcedente a ADIn n. 3128-7 afirmaram, em uníssono, a inexistência de direito adquirido dos inativos a não serem tributados. A propósito, arguta é a observação do Ministro Peluso, no sentido de não se confundir o direito à aposentadoria, inequivocamente integrado ao patrimônio jurídico do seu titular com o preenchimento dos respectivos pressupostos, com o direito ao reconhecimento de imunidade tributária, que daquele não decorre, na medida em que pressupõe preceito constitucional específico.⁷¹

Assim, à míngua de imunidade tributária prevista por norma constitucional específica, e ante o respeito aos limites constitucionais ao poder de tributar, é patente a constitucionalidade da instituição da nova exação.⁷² Quanto ao último aspecto, cumpre salientar a irrestrita observância dos princípios da irretroatividade e da anterioridade nonagesimal.⁷³

Interessa sobremaneira inserir a tese do direito adquirido a não incidência de contribuição social sobre os proventos de inatividade no contexto de uma interpretação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88 que não descure da democracia. Para suscitar o debate, convém trazer à baila a seguinte passagem do voto do Min. Celso de Mello:

é sempre oportuno lembrar, considerada a experiência política vivida pelo povo brasileiro, que somente aos regimes autoritários ou autocráticos causa repulsa o dever de respeitar o ato jurídico

70 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Velloso, p. 682.

71 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Peluso, p. 530/531.

72 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Velloso, p. 685.

73 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Peluso, p. 533.

perfeito, a coisa julgada, e o direito adquirido, como atesta, de modo eloquente, a Carta Despótica de 1937, cuja declaração de direitos (art. 122) – mero catálogo de ficções jurídicas – deliberadamente omitiu essa importante conquista do cidadão, que, concebida para protegê-lo contra o absolutismo estatal, já se achava consagrada na Constituição democrática de 1934 (art. 113, n. 3), cuja vigência, no entanto, veio a ser interrompida pela outorga da Carta Política do Estado Novo.

Com todas as vênias que são devidas ao douto Ministro Celso de Mello, não podemos concordar com a assertiva acima transcrita. Consoante a sua percuciente lembrança, na história política brasileira, ao contrário da norte-americana, não se colocou em risco a democracia por constitucionalismo e judicialismo em excesso, mas, ao contrário, foi a crônica falta de força normativa das Constituições e a timidez do Judiciário na invalidação de atos estatais arbitrários que mais prejudicaram a observância do princípio democrático. Por esta razão, críticas ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis vindas de fora devem ser vistas *cum grano salis*. Nada obstante, parece-nos que a concessão de uma interpretação tão dilargada ao âmbito de proteção da garantia constitucional da intangibilidade dos direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI, da CF/88), como a empreendida pelos votos vencidos, não promove, propriamente, a democracia, mas, ao revés, afigura-se incompatível com o regime político solidário e democrático instituído pela Constituição de 1988, notadamente se aplicada à hipótese que fora submetida ao Tribunal.

Preliminarmente, cumpre agregar um pouco de pragmatismo à discussão. Sobre este aspecto, Luís Roberto Barroso desenvolveu, com a habitual proficiência, argumentos “pré-jurídicos”, que vêm em seguida sintetizados: (i) em países desenvolvidos, como a França e a Alemanha, os proventos e as pensões são inferiores aos valores percebidos pelo servidor em atividade (no Brasil, as pensões e os proventos são fixados no valor da última remuneração, sendo que os valores médios das aposentadorias são os seguintes: Executivo – R\$ 2.282, Ministério Público – R\$ 12.571, Legislativo R\$ 7.900, Judiciário R\$ 8.027, e Militares R\$ 4.275); (ii) do ponto de vista da lógica do sistema, a não cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos importaria em um aumento real correspondente à alíquota de contribuição (11%, atualmente) por ocasião da passagem para a inatividade, servindo como um incentivo para aposentadorias precoces; (iii) até a EC n. 3/93, o regime não era contributivo, de modo que boa parte dos aposentados não contribuiu para o regime próprio, ou contribuiu por menos de dez anos; (iv) boa parte dos aposentados sob o regime pró-

prio ingressou no sistema mediante a conversão dos seus empregos em cargos públicos, após haverem contribuído a maior parte do tempo para o regime geral, sobre base de cálculo muito inferior aos proventos percebidos; (v) as regras anteriores à EC n. 20/98 permitiam aposentadorias precoces; (vi) além de fatores conjunturais, como o aumento da expectativa de vida e a redução dos quadros no serviço público.⁷⁴

Não é de causar surpresa, portanto, que o regime próprio de previdência, apesar de congrega “apenas” 3,2 milhões de inativos e pensionistas, tenha déficit anual de R\$ 39 bilhões (em relação ao valor arrecadado com contribuições), enquanto o regime geral, com seus 19 milhões de beneficiários, tem déficit anual de “apenas” R\$ 17 bilhões.⁷⁵

Sendo o regime próprio de previdência custeado pelas contribuições e pelos orçamentos dos entes federativos, soa óbvio que o déficit causado pela insuficiência das primeiras fontes de custeio é suportado pelos orçamentos, de maneira que, na prática, dilui-se nos impostos que são pagos pela população em geral.⁷⁶ Visando a minorar o imenso rombo do regime próprio de previdência social, mais de dois terços do Parlamento, em que pese a todos os riscos eleitorais inerentes à adoção de medida tão impopular, deliberaram que os aposentados também deverão contribuir, instituindo novo tributo em consonância com as limitações constitucionais ao poder de tributar.

O juízo político empreendido pelos Poderes Executivo e Legislativo na solução deste problema prático não deve ser substituído pelo juízo do Judiciário. Com efeito, em um plano estritamente jurídico-constitucional, parece impertinente, à luz do princípio democrático, que o Judiciário anule a referida decisão política, pois, uma tal exegese ampliativa conferida à proteção superconstitucional ao direito adquirido, para além de não ter lastro na dogmática jurídica (ante a inexistência de direito adquirido à não incidência de tributo, afora as hipóteses de imunidade constitucional), representaria um ativismo judicial destinado a congelar o *status quo*. Isto porque tal interpretação construtiva e elástica do art. 5, XXXVI, da CF/88 impediria que os entes democraticamente legitimados corrigissem sistema que, por tudo o quanto antes

74 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 201/202.

75 Os dados referem-se a 2002 (utilizado como referência por se cuidar do ano anterior à aprovação da EC n. 41/2003), e foram colhidos do *site* do Ministério da Previdência Social por BARROSO. Op. cit., p. 174.

76 Ver, a propósito, a ADIN n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Velloso, p. 686.

se expôs, é marcado pela sua injustiça, por uma perversa solidariedade social às avessas, na qual os mais pobres financiam os mais abastados.⁷⁷ Houve-se bem, portanto, o STF em não transformar o julgamento da ADIN n. 3.128-7/DF no nosso *Lochner v. New York*,⁷⁸ que tanto constrangimento causou à Suprema Corte dos EUA.

A questão suscita indagações a respeito da melhor forma de interpretar o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, aspecto sobre o qual discorreram longamente vários Ministros do STF. Neste particular, verificou-se clara clivagem no seio do STF. Uma primeira linha de pensamento, na qual se inseriram, especialmente, os Ministros Celso de Mello e Carlos Britto, defendia uma interpretação extensiva do citado dispositivo. Orientação diversa, que enfatizava a necessidade de adotar-se forte dose de autorrestricção judicial (*judicial self restraint*), foi esposada, entre outros, pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau e Joaquim Barbosa. Singularmente ilustrativa da primeira “corrente” é a seguinte passagem de obra doutrinária do Min. Carlos de Britto, a qual bem revela a matriz teórica do seu voto, a saber:

as normas constitucionais autorizativas de produção de emenda é que devem ser interpretadas restritivamente, porque emenda é sempre exceção ao princípio lógico ou tácito da estabilidade da Constituição. As cláusulas pétreas, ao contrário, caracterizam-se como afirmadoras daquele princípio de estabilidade ínsito a cada Estatuto Supremo, elas é que devem ser interpretadas extensivamente.⁷⁹

Em posicionamento que bem ilustra a segunda linha de pensamento, o Ministro Gilmar Mendes assinala que uma aplicação ortodoxa das cláusulas pétreas, antes de garantir a alvitrada estabilidade da Constituição, pode fomentar a ruptura, “*permitindo que o desenvolvimento constitucional se dê fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade*”

77 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 168.

78 198 U.S. 45, 25 S.Ct. 539, 49 L.Ed. 937 (1905). Na ocasião a Suprema Corte dos EUA decidiu pela inconstitucionalidade de lei que fixara período máximo de trabalho de sessenta horas semanais e de dez horas diárias a padeiros do Estado de Nova York, por considerá-la uma ingerência arbitrária na liberdade de contratar dos empregadores e dos empregados. A maioria, vinculada ao postulado do *laissez faire*, típico do liberalismo econômico, não considerou que a regulação estatal do trabalho era uma finalidade legítima (assim como não considerava uma série de outras medidas, como, v.g., o controle de preços), embora, na hipótese, os Justices Holmes e Harlan tenham assentado, respectivamente, que (i) a décima quarta emenda nada tinha que ver com um certo conceito de economia para o país e que (ii) a medida em foco destinar-se-ia à proteção da saúde do trabalhador

79 BRITTO, Carlos Ayres. A constituição e os limites da sua reforma. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 225-246, jan./jun. 2003. p. 246.

de. Assim, o desafio do controle da constitucionalidade de emendas consiste em, por um lado, não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, e, por outro, evitar interpretações ortodoxas que fomentem a ruptura constitucional. Aplicando esta perspectiva, que se alinha à defendida ao longo deste trabalho, à vertente hipótese, tem-se que *exegese que reconheça direito adquirido a não incidência de tributo, intangível ao poder de reforma da Constituição, não promove o necessário equilíbrio entre as pretensões de estabilidade e flexibilidade do projeto constitucional, antes privilegiando, em demasia, a primeira em detrimento da segunda*. Conforme colocado de forma dura pelo Min. Joaquim Barbosa, a interpretação extensiva em exame se revela conservadora, pois, ao proclamar o caráter absoluto da proteção aos direitos adquiridos e à segurança jurídica (valor que os fundamenta), faz *tabula rasa* de valores inerentes ao caráter social de nosso pacto político (igualdade material e justiça social), perpetuando a desigualdade social, em congelamento da pretensão transformadora da Constituição de 1988.⁸⁰

Uma advertência merece ser feita. Não se defende, propriamente, uma interpretação restritiva do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. Ao contrário, em interpretação “extensiva” do referido dispositivo, ante o emprego dos elementos sistemático e teleológico, sustentou-se que a expressão “direitos e garantias individuais” deveria ser compreendida de modo a abranger os direitos fundamentais de distintas gerações, e não apenas os “direitos da liberdade” ou de defesa. A bem da verdade, preconiza-se que o Judiciário, no seu grave mister de controlar a constitucionalidade de emendas, adote uma postura cautelosa, no sentido de evitar que, por seu intermédio, grupos bem articulados logrem garantir a preservação do *status quo* e de privilégios vários – absolutamente distintos daquilo que o Min. Gilmar Mendes chamou de núcleo essencial da Constituição – contra a pretensão transformadora da Constituição de 1988, e, mais especificamente, contra a vontade de correção de um sistema concentrador de renda veiculada por mais de três quintos dos representantes do povo, mediante a aprovação da Emenda Constitucional n. 41.

3.5. DIREITOS ADQUIRIDOS E EMENDAS CONSTITUCIONAIS: O MS N. 24875 E O TETO REMUNERATÓRIO, À LUZ DA EC N. 41/2003.

Por fim, afigura-se conveniente trazer à tona premissa fundamental à solução da controvérsia exposta no item anterior, que, em virtude de o debate ter focado a questão da existência, ou não, de direito adquirido à não inci-

80 ADIN n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 492.

dência da maior taxa de exação, só foi lateralmente abordada pela maioria dos votos. *Cuida-se da questão afeta à oponibilidade dos direitos adquiridos às emendas constitucionais*. O entendimento amplamente majoritário no âmbito da doutrina brasileira é de que a garantia constitucional do direito adquirido (art. 5º, XXXVI) constitui direito individual do cidadão contra o Estado, assumindo o *status* de cláusula pétrea, pela incidência do art. 60, § 4º, IV.⁸¹ Assim, somente manifestação do poder constituinte originário poderia suprimir direito adquirido, desde que o faça de forma expressa, como o fez no art. 17, do ADCT, sendo vedado ao constituinte derivado fazê-lo.⁸² O STF, por sua vez, já se pronunciou pela possibilidade de norma constitucional originária desconstituir direito adquirido,⁸³ ressalvando, contudo, que a cláusula extravagante do art. 17 do ADCT não alcança a coisa julgada.⁸⁴

Em sentido diverso, encontra-se posicionamento minoritário no direito brasileiro no sentido de que a palavra “lei” empregada no art. 60, § 4º, IV, deve ser interpretada como lei em sentido estrito, de modo que a garantia da intangibilidade do direito adquirido seria oponível apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte reformador. Comunga desta perspectiva, p. ex., o Ministro Nelson Jobim, que, em resposta à alusão, feita pelo Min. Marco Aurélio, à defesa por ele promovida na Assembleia Nacional Constituinte da rejeição de proposta destinada a suprimir a expressão “direitos adquiridos” do art. 5º, XXXVI, da CF/88, argumentou que, nas discussões travadas pelos constituintes, referia-se à lei in-

81 Veja-se, *exempli gratia*, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 62; SILVA, José Afonso da. *Reforma constitucional e direito adquirido*. In: ———. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 221-333; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. p. 191-204; HORTA, Raul Machado. *Constituição e direito adquirido*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 112, p. 860, 1991; RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 228-242; VELLOSO, Carlos Mário. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 457-474; BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Walmir. *Direito adquirido contra emenda constitucional*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, n. 202, p. 75-90, 1995.

82 Art. 17 do ADCT: “Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”.

83 RTJ 67:327, 1974, RE 895, Rel. Min. Djaci Falcão; RTJ 71:461, 1975, RE 75418, Rel. Min. Thompson Flores; RTJ 140:1008, 1992, AI 134.271, Rel. Min. Moreira Alves; RDA, 196:107, 1994, ADIN 248-1-RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

84 STF, RTJ 167:656, 1999, RE 146.331-SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

fraconstituir o presente que a impossibilidade de emenda desconstituir os direitos adquiridos conduziria à “petrificação contra a Constituição, quando as necessidades sociais possam determinar situações adversas”, empurrando “os governos para a ilegalidade e para o golpe, no sentido de derrubar a constituição para reformá-la.”⁸⁵

Neste ponto, convém trazer à colação advertência de Luís Roberto Barroso de que, na América Latina, à exceção do México, e na Europa, a regra da não retroatividade é de nível infraconstitucional, podendo ser revogada por lei superveniente, enquanto nos EUA a vedação constitucional à *ex post facto law* vem merecendo interpretação restritiva. No âmbito do direito brasileiro, a garantia constitucional inscrita no art. 5º, XXXVI, da CF/88 foi tradicionalmente interpretada no sentido de não veicular vedação peremptória à retroatividade, mas, antes, permitindo-a, desde que a lei expressamente preveja a sua aplicação retroativa e que restem preservados os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada. A exceção se dá nos domínios do direito penal e do direito tributário, nos quais, mercê de vedações constitucionais específicas (art. 5º, XL; art. 150, III, a), não se admite a retroatividade prejudicial ao indivíduo.⁸⁶

Transcende os propósitos deste estudo discorrer sobre a celeuma afeta aos critérios destinados a solver os conflitos das normas jurídicas no tempo, cumprindo apenas deixar consignado que, no Brasil, adotou-se a teoria subjetivista do italiano Francesco Gabba, o qual, ao contrário de Paul Roubier, entendia que a vedação à retroatividade compreendia não apenas a incidência da lei nova a efeitos já produzidos, mas igualmente a efeitos futuros de atos anteriores à lei.⁸⁷ Gabba, a propósito, assim delinea a noção de direito adquirido: 1) ter sido consequência de fato idôneo para a sua produção; 2) ter-se incorporado definitivamente ao patrimônio do seu titular.⁸⁸

85 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Nelson Jobim, p. 769.

86 BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios*. p. 53.

87 GABBA, Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*, 1868; ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire* (conflit des lois dans le temps), 1960. V. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito constitucional intertemporal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 304, p. 29, 1988. A respeito da adoção da teoria de Gabba, e, via de consequência, da vedação às retroatividades máxima, média e mínima, ver ADIn 493-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 143:744-5, 1993.

88 BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios*. p. 195.

Salienta, com propriedade, Barroso, que a noção de direito adquirido é mais bem compreendida se extremada dos institutos da expectativa de direito e do direito consumado: tem-se expectativa de direito, se o fato aquisitivo teve início, porém não se completou; direito adquirido, quando o fato aquisitivo se completou, mas seus efeitos ainda não se produziram; direito consumado, quando o fato aquisitivo se completou, e os seus efeitos se produziram integralmente.⁸⁹ Enquanto o direito adquirido e o direito consumado não podem ser atingidos por norma jurídica superveniente, a expectativa de direito estaria ao desabrigo da garantia inscrita no art. 5º, XXXVI, da CF/88.

Ainda na esteira de Barroso, cumpre salientar que a associação da proteção constitucional com o *status* de cláusula pétrea conferida pela doutrina majoritária à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da CF/88, e – acrescentamos – com a encampação da teoria de Gabba, significa que, no Brasil, adota-se teoria bastante ampla acerca do conteúdo e do alcance do direito adquirido, circunstância que deve operar como um alerta ao intérprete para que atue com intensa dose de autorrestrição na sua aplicação (especialmente contra emendas), sob pena de levar ainda mais longe o seu âmbito de proteção, e, “em nome da segurança jurídica, criar a instabilidade.”⁹⁰ Este seria, indubitavelmente, o caso de reconhecer a existência de direito adquirido dos servidores inativos a não incidência de contribuição previdenciária, pois, como visto, tal tese olvida-se, entre outros fatores, da inexistência de direito adquirido a não ser tributado, exceto nas hipóteses de imunidade constitucional.

Com o escopo de questionar a amplitude da proteção conferida pela doutrina majoritária à garantia constitucional do direito adquirido, Daniel Sarmento desenvolve intrigante abordagem da questão, em tese que, em seus delineamentos gerais, assemelha-se à adotada pelo Ministro Joaquim Barbosa no voto proferido na ADIn n. 3128-7. Sarmento sintetiza da seguinte forma os seus argumentos:

Podemos assim conjugar (a) a percepção sobre a reverência devida ao constituinte derivado, como expressão do direito democrático à autodeterminação das gerações presentes – o que enseja uma interpretação não maximizadora das cláusulas pétreas –; com (b) a visão de que o direito adquirido configura uma garantia constitucional importante, mas que não foi posto pelo constituinte num pedestal, acima dos demais direitos fun-

89 *Ibid.*, p. 196.

90 *Ibid.*, p. 192.

damentais e interesses constitucionais; e ainda com (c) a noção de que a Constituição de 1988 propõe-se, essencialmente, a modificar as estruturas sociais e não a conservá-las.⁹¹

À luz dessas premissas, Sarmento conclui que, “*embora o constituinte derivado não possa suprimir ou desnaturar a garantia do indivíduo contra a irretroatividade desfavorável da lei infraconstitucional, ele pode, sim, desconstituir direitos adquiridos no passado.*” De tal assertiva não decorre a insusceptibilidade do controle de constitucionalidade de emenda constitucional supressiva de direito adquirido, na medida em que se afigura possível que se pondere o princípio da segurança jurídica – suporte axiológico da proteção aos direitos adquiridos – com outros princípios de estatura constitucional, de maneira que, caso a segurança jurídica apresente maior peso específico no processo ponderativo, a alvitrada emenda deverá ser declarada inconstitucional. Todavia, para que isso ocorra

será necessário demonstrar não apenas que se trata de um atentado gravíssimo contra o núcleo essencial deste princípio, mas também que, numa argumentação aberta aos valores, esta restrição não tem como ser racionalmente justificada por uma necessidade impostergável de promoção ou proteção de algum interesse constitucional igualmente digno de tutela.⁹²

De qualquer forma, ainda que se entenda que os direitos adquiridos são cláusulas pétreas, salienta Sarmento que o constituinte não vedou toda e qualquer restrição, mas somente aqueles que toquem em seu núcleo essencial. Similar foi a perspectiva adotada pelo Min. Joaquim Barbosa, para quem

*a tese sustentada na ação direta omite o fato de que o princípio dos direitos adquiridos, do mesmo modo que outros princípios constitucionais, admite ponderação ou confrontação com outros valores igualmente protegidos pela nossa Constituição.*⁹³

A tese de Sarmento agrega elementos importantes ao debate. Com efeito, evidencia que a intangibilidade do direito adquirido não deve ser considerada limite à reforma constitucional pela sua simples inclusão no art. 5º. Ao revés, aqueles que assim a concebem devem justificar a sua imprescindibilidade para a tutela da segurança jurídica, princípio que lhe dá suporte axiológico. Por outro lado, como se buscou fazer no presente trabalho, ressalta que uma interpretação constitucionalmente adequada das cláusulas pétreas deve

91 SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e Reforma da Previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (org.). *A reforma da Previdência Social – temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2004. p. 42.

92 *Ibid.*, p. 43.

93 ADIN n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 495.

adotar postura de sensível autorrestrição em relação às deliberações supermajoritárias do Parlamento, limitando-se o Judiciário a invalidar emendas que atentem, claramente, contra direitos materialmente fundamentais. Especificamente quanto aos direitos adquiridos, há o fundado risco de preservar-se o *status quo*, em contrariedade ao projeto constitucional de transformação social veiculado pela Constituição de 1988, circunstância que igualmente foi salientada no curso do presente capítulo.

Cumprido, todavia, conferir especial ênfase à incorporação da filosofia política e da argumentação moral ao debate, especialmente através das potencialidades hermenêuticas dos princípios constitucionais. Tal perspectiva, que, na seara específica dos limites materiais ao poder de emenda, fora pioneiramente adotada por Oscar Vilhena Vieira⁹⁴ e que se procurou adotar no presente artigo, tem o proveito não apenas de justificar materialmente as cláusulas pétreas em um regime democrático, mas também de promover mudanças de rumo em relação a interpretações atentatórias a uma leitura sistemática da Constituição a que estariam fadadas concepções formalistas. Explica-se: aplicando rigorosamente a teoria de Gabba, “oficialmente” incorporada ao direito brasileiro desde o julgamento pelo STF da ADIN 493,⁹⁵ tem-se que as expectativas de direito não seriam objeto de tutela jurídica, bem como que todo e qualquer direito adquirido estaria imune a normas supervenientes, bastando para a definitiva incorporação do direito ao patrimônio jurídico do seu titular o preenchimento formal dos respectivos requisitos legais.

Todavia, através da concessão de força normativa aos princípios da boa-fé e da confiança, vinculados, por sua vez, aos princípios da moralidade administrativa, da segurança jurídica e da igualdade, já se vislumbra o reconhecimento de um direito subjetivo a um regime de transição razoável, de forma a tratar-se, p. ex., desigualmente os servidores de acordo com o lapso de tempo que lhes resta completar para a aquisição do direito à aposentadoria.⁹⁶

94 VEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

95 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 493. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves, 25 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006.

96 BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios*. p. 196.

Por outro lado, há casos em que, não obstante o inequívoco preenchimento formal dos requisitos definidos em lei para a aquisição do direito, não se afigura legítimo, em uma ordem constitucional que veicule um projeto solidário de transformação social, que se considere o respectivo “direito adquirido” imune à supressão pelo constituinte reformador. Cogite-se da hipótese – que, infelizmente, não é mera abstração acadêmica – de Estatuto de Pessoal de determinado ente federativo que não limite o número de incorporações de gratificações juridicamente viáveis, de maneira a instalar-se entre os servidores uma promíscua prática de revezamento na ocupação de cargos de confiança, com vistas à obtenção de novas incorporações e, via de consequência, logrando a percepção de vencimentos astronômicos. Com abstração do problema do teto remuneratório e partindo da premissa de cuidar-se de Estatuto de Pessoal da União – para simplificar o exemplo –, não seria legítimo ao constituinte reformador, mercê do princípio da moralidade administrativa, desconstituir tais “direitos adquiridos”? Parece evidente que sim. O mesmo poderia ser dito em relação a governante que, em final de mandato, resolve fazer aquilo que se convencionou chamar de “testamento político”, distribuindo benesses várias a cidadãos e administrados (concessão de vantagens remuneratórias descabidas, isenções de tributos temerárias, etc.).

Solução diametralmente antagônica deve ser empregada na hipótese de o Chefe do Poder Executivo municipal, empolgado com êxito eleitoral acachapante recentemente obtido, valer-se da sua legitimidade democrática para, no bojo de novas normas disciplinadoras da ocupação do solo urbano, expressamente suprimir licenças expedidas, de maneira a causar substanciais prejuízos financeiros a empresários de boa-fé que já haviam começado a erguer empreendimentos imobiliários de alto vulto. No caso de que se cogita não deduziu o governante motivos aptos a evidenciar a eventual ilegalidade das anteriores licenças, cingindo-se a afirmar que o seu antecessor havia concedido licenças desordenadamente, em contrariedade ao uso adequado do solo urbano. Parece evidente que tal providência ofende a segurança jurídica, devendo ser anulada judicialmente, ou, justificado o interesse público na sua manutenção, garantir-se ao titular do direito a integral indenização pelo dano sofrido.

O contraste entre os exemplos propositalmente extremados se destina a evidenciar que a melhor solução para o problema da extensão da garantia da intangibilidade dos direitos adquiridos não deve se submeter à lógica do tudo ou nada, típica das regras, mas, ao contrário, deve se abrir a ponderações de razões à luz das particularidades do caso

concreto, submetendo-se, portanto, à lógica do “mais ou menos”, própria dos princípios. A consequência do exposto é a rejeição da tese de que, preenchidos os requisitos formais previstos em lei como necessários à aquisição do direito, há de reconhecer-se, *com abstração da legitimidade dos referidos pressupostos*, que o respectivo direito não pode ser suprimido em hipótese alguma pelo constituinte reformador. Isto porque, caso se adote uma concepção formalista sobre o conceito de direito adquirido, ter-se-ia de reconhecer que, ao contrário do que se expôs, a primeira e a segunda linha de exemplos comportariam a mesma solução, pois em ambos os casos os pressupostos legais para a aquisição do direito restaram integralmente preenchidos, de forma que não se afiguraria legítima a supressão de direitos definitivamente incorporados ao patrimônio jurídico dos seus respectivos titulares.

Tais considerações, apesar de alinhadas às premissas de Sarmiento, não conduzem, necessariamente, à conclusão de que a garantia inscrita no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988 se dirige, exclusivamente, ao legislador ordinário. Isto porque parece-nos que, à mingua de demonstração inequívoca de que os direitos adquiridos despem-se de fundamentalidade material, há de prestigiar-se a sua “presunção de fundamentalidade”, já que o referido direito foi inserido no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5º). A bem da verdade, a intangibilidade dos direitos adquiridos se consubstancia em instrumento que promove, em intensidade forte, a segurança jurídica, circunstância que a nutre de fundamentalidade material, para além da fundamentalidade formal que inequivocamente possui.

Por tais razões, parece-nos que a solução constitucionalmente adequada para a questão consiste em considerar que o constituinte reformador, embora jungido, a princípio, aos direitos adquiridos, pode, em hipóteses excepcionais e com eficácia *ex nunc*, suprimi-los, após juízo ponderativo no qual prevaleçam outros princípios de estatura constitucional. Há, portanto, uma prioridade *prima facie* da proteção do direito adquirido (ou, mais precisamente, da segurança jurídica, que é o valor que a fundamenta) sobre os princípios constitucionais com ele conflitantes, que somente pode ser afastada mediante demonstração exauriente de que a sua não aplicação, no caso concreto, reverencia o princípio da proporcionalidade.

Desta forma, na hipótese de emenda constitucional que suprima direitos adquiridos, não nos parece que a sua inconstitucionalidade dependerá, conforme afirma Sarmiento, da demonstração de um “*atentado gravíssimo ao núcleo essencial da segurança jurídica*”, e de que a medida

não se alicerça na “necessidade impostergável” de modificação de outros interesses constitucionais. Ao contrário, em virtude dos argumentos deduzidos nos parágrafos anteriores, *impende inverter-se o ônus argumentativo*. Assim, a preservação de emenda constitucional supressiva de direitos adquiridos deve se dar em hipóteses-limite nas quais o intérprete se desincumba de demonstração inequívoca de que a preservação dos referidos direitos causaria lesão insanável ao núcleo essencial de outros princípios constitucionais, implicando, i.e., consolidação de situações de privilégio.

Citam-se, a propósito, as hipóteses em que a lei instituidora do direito não resiste a uma análise cuidadosa de sua compatibilidade material com princípios constitucionais, justificando-se, portanto, a sua supressão pelo constituinte reformador. Linhas acima trouxemos à colação os exemplos das diversas incorporações de gratificações e dos testamentos políticos, destinados a ilustrar casos que demonstram a importância da aferição da legitimidade constitucional dos pressupostos à aquisição do direito e ao seu próprio conteúdo. Aliás, é exatamente neste flanco que seguem os detratores da tese da superconstitucionalidade do direito adquirido, ao recorrentemente lembrarem a possibilidade de os proprietários de escravos haverem oposto às leis de abolição da escravatura a garantia do direito adquirido.

A respeito da jurisprudência do STF, convém destacar o acórdão proferido no RE 94.414-SP, Rel. Ministro Moreira Alves,⁹⁷ no qual se assentou que “*não há direito adquirido contra o texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário ou do Poder Constituinte derivado*”, razão pela qual negou o STF a existência de direito adquirido de magistraldo a exercer mais de uma atividade de ensino superior, em atenção à vedação estatuída pela EC n. 07/67. Cuidava-se, segundo a pertinente observação do Ministro Pertence, de leitura ortodoxa da garantia da intangibilidade do direito adquirido, visto que a restringe às intervenções do legislador ordinário, a qual fora capitaneada pelo Ministro Moreira Alves e se traduzira em diversas decisões do STF.⁹⁸

Após o advento da Constituição de 1988, a questão da vinculação do constituinte derivado ao direito adquirido não havia sido diretamente analisada pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de, consoante salientado alhures, sólida maioria dos constitucionalistas brasileiros haver re-

97 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 94414. Recorrente: Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha e outros. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Moreira Alves, 13 de fevereiro de 1985. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006. RTJ, 114: 243-244.

98 ADIN n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 750.

conhecido a aplicação da vedação também ao constituinte reformador. A questão só mereceu análise um pouco mais detida do Excelso Pretório em 11 de maio do corrente ano, por ocasião do julgamento do MS 24875.⁹⁹ Tratava-se de mandado de segurança impetrado por quatro ex-Ministros do STF, no qual se impugnara decisão administrativa do Presidente da Corte que adequara os proventos dos impetrantes ao teto remuneratório estabelecido no art. 37, IX, da Constituição, com a redação dada pela EC n. 41/2003. Argumentavam os ex-Ministros que a inclusão de vantagens de caráter pessoal no cômputo do teto violara as garantias do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos e proventos, que, na forma da doutrina dominante, são cláusulas pétreas, cumprindo ao STF, portanto, reconhecer, em caráter *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do vocábulo “pessoais” inserto no art. 37, XI, da CF/88, e da expressão “e da parcela recebida em razão do tempo de serviço” contida no art. 8º da EC n. 41/2003.

Não cabe aqui proceder senão a breve alusão aos principais marcos jurídicos fixados pelo STF sobre o teto remuneratório instituído pela Constituição de 1988. Com todas as vênias que são devidas ao Supremo Tribunal Federal, não se pode concordar com a sua linha jurisprudencial. O texto constitucional originário era de meridiana clareza ao estatuir que deveriam ceder ao teto “os valores recebidos a qualquer título” (art. 37, XI), enquanto o art. 17 do ADCT, acima transcrito, estabelecia, como ainda estabelece, que as remunerações, proventos e pensões recebidas em desacordo com a Constituição deveriam ser imediatamente reduzidos aos limites por ela fixados, descabendo a alegação de direito adquirido. O STF, contudo, no julgamento da ADIN n. 14,¹⁰⁰ proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil, assentou que as vantagens de caráter pessoal estariam excluídas do teto, em interpretação que, para além de contrariar a literalidade da Constituição (que, remarque-se, aludia a qualquer vantagem, expressão que, obviamente, incluía as vantagens pessoais), retirou todo e qualquer efeito prático do limite máximo previsto no art. 37, IX, pois, são precisamente tais vantagens que empurram a remuneração dos servidores para além do teto.

99 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24875. Impetrante: Djaci Alves Falcão e outros. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 11 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006.

100 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 14. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Célio Borja, 13 de setembro de 1989. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006. RTJ 130:475/484.

Atendendo aos anseios da sociedade, o Congresso Nacional aprovou a EC n. 19/98 (Reforma Administrativa), que, dentre diversas alterações no texto constitucional, alterou a redação do art. 37, XI, para expressamente prever que “as vantagens pessoais e de qualquer outra natureza” deveriam ceder ao teto. O STF, contudo, em sessão administrativa realizada em 24.06.1998, entendeu, por sete votos a quatro, que o “novo teto” não seria autoaplicável, porquanto a sua plena e integral eficácia dependeria da edição da lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, das Casas Legislativas e do STF, a que aludia a antiga redação do art. 48, XV, da CF/88. Essa lei, ante as óbvias divergências entre os “poderes” a respeito do valor do teto, nunca chegou a ser editada.

Finalmente foi promulgada a EC n. 41/2003, que, a par de diversas modificações na Constituição e no próprio art. 37, XI, manteve a inclusão expressa das vantagens pessoais no limite máximo de remuneração, e, em seus arts. 8º e 9º, determinou, respectivamente, que, enquanto não fossem fixados os subsídios dos Ministros do STF, o valor do teto seria considerado, desde a promulgação da EC n. 41, “o valor da maior remuneração atribuída por lei na data da publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Eleitoral (...)”, bem como que deveria ser aplicado à hipótese o art. 17 do ADCT. Revela-se, com absoluta nitidez, a vontade do constituinte derivado em finalmente “emplacar” o teto, tornando inequívoca a inclusão das vantagens pessoais, a sua autoaplicabilidade e a impossibilidade da arguição de direitos adquiridos.

No julgamento do precitado MS 24875, o Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, na esteira do voto condutor do Min. Sepúlveda Pertence, houve por bem deferir, em parte, a segurança, para determinar a permanência, no caso concreto, da vantagem percebida pelos impetrantes com base no art. 184, III, da Lei n. 1711/52, até que seja absorvida pelos subsídios dos Ministros do STF.

Na hipótese, os impetrantes pugnavam pela continuidade da percepção de duas vantagens: (i) o adicional máximo de 35% (trinta e cinco por cento) por tempo de serviço e (ii) o acréscimo de 20% (vinte por cento), por haverem se aposentado no exercício de cargo isolado no qual permaneceram por mais de 3 (três) anos, previstos, respectivamente, no art. 250, da Lei n. 8112/90 e no art. 184, III, da Lei 1.711/52. O Ministro Pertence, em voto que foi placitado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, fixou o entendimento majoritário do Tribunal, segundo o qual as mencionadas vantagens não corporificam “direito adquirido de envergadura constitucional”, vez que estatuídas por lei ordinária, de modo que, “com a EC 41/2003, não seria possível assegurar a sua permanência indefinida no tempo,

jora ou além do teto a todos submetido.” Entretanto, reconheceu o STF que a Constituição assegurou aos impetrantes o direito à irredutibilidade de vencimentos, “modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais.” Na esteira do Min. Pertence, o Min. Ricardo Lewandowski deixou consignado em seu voto de minerva, que “(...) a jurisprudência desta Corte apenas assegura a percepção do montante global dos vencimentos, e não a manutenção de percentuais que integram o seu cálculo, porque não se pode admitir que uma situação jurídica derivada de regime remuneratório que não mais subsiste venha a perpetuar-se no tempo, em permanente contradição com o regramento normativo superveniente.”

À luz destas premissas, e ante a circunstância de o adicional de tempo de serviço haver sido extinto pela instituição do subsídio da magistratura, sem qualquer prejuízo financeiro aos magistrados, o que inoçorrera com o acréscimo de 20% previsto no art. 184, III, da Lei 1.711/52, cumpre repisar que o STF houve por bem, por exígua maioria, reconhecer o direito de os impetrantes receberem a mencionada gratificação até que o seu montante seja absorvido pelos subsídios, preservando, portanto, ainda que temporária e excepcionalmente, o direito de servidores públicos receberem remuneração superior ao teto, mercê da irredutibilidade do valor nominal dos seus proventos. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, acompanhou a respectiva decisão, embora tenha empregado fundamentação diversa, alinhada à concepção tradicional de que o direito de os impetrantes perceberem o acréscimo de 20% se consubstanciava em direito adquirido, o qual, em consonância com a iterativa doutrina, é inalterável por emenda constitucional.

Já os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau e Nelson Jobim indeferiram o mandado de segurança. Ressaltou o Ministro Joaquim Barbosa, enfatizando o teor do art. 17 do ADCT, que a fixação de um efetivo teto remuneratório configura antigo anseio de concretização da transparência na remuneração dos servidores públicos, sendo incabível a tese acerca da existência de direito adquirido à percepção de estipêndios que extrapolam o limite do que o país considera uma remuneração justa para a função pública. No mesmo viés, o Min. Peluso ressaltou que

não há a necessidade de recorrer-se à decisão sobre direitos adquiridos, de fonte infra ou de fonte constitucional, porque esta vontade de caráter pessoal superveniente encontrou, no próprio texto constitucional primitivo, a limitação de que essa vantagem tão pouco escaparia do limite do teto.

A nosso ver, a melhor exegese se encontra nos votos vencidos. Com efeito, ante a evidente inclusão das vantagens pessoais na expressão “valores recebidos a qualquer título”,

parece-nos que o constituinte derivado apenas “corrigiu” a jurisprudência do STF, que, nitidamente, havia se desviado da claríssima intenção do constituinte originário de submeter toda e qualquer remuneração percebida no serviço público ao teto remuneratório. Havendo, ademais, o art. 17, do ADCT, expressamente afastado a alegação de direito adquirido, afigura-se claro que não se coloca, na hipótese específica do teto, a discussão da oponibilidade dos direitos adquiridos às emendas constitucionais, pois a inoponibilidade dos direitos adquiridos decorre de expressa manifestação do constituinte originário e, neste particular, a jurisprudência do STF é firme no sentido da possibilidade de um novo texto constitucional suprimir direitos adquiridos.

Nada obstante divergirmos da decisão do STF, por entendermos que o constituinte originário já impedira a alegação de vantagens pessoais em face do teto, o referido *decisum* espousou concepção acerca da oponibilidade dos direitos adquiridos a emendas constitucionais menos abrangente do que a conferida pela doutrina majoritária. A propósito, assentou o STF, no respectivo julgamento, que não se pode atribuir proteção constitucional e o *status* de cláusula pétrea a todo e qualquer direito adquirido nos termos de leis infraconstitucionais, mas apenas ao que o Ministro Pertence denominou de “*modalidades qualificadas de direito adquirido*”, nas quais se insere a garantia da irredutibilidade de vencimentos.

Ademais, o Min. Ricardo Lewandowski salientou que a manutenção do acréscimo de 20% previsto no art. 184, III, da Lei 1.711/52, justificava-se não por uma leitura “formalista” da garantia da irredutibilidade de vencimentos, segundo a qual toda e qualquer vantagem cujos pressupostos legais de aquisição fossem preenchidos restaria intangível ao constituinte reformador. Ao contrário, consoante defendido neste trabalho, assentou-se a necessidade de perquirir a *legitimidade da incorporação dos benefícios estendidos ao patrimônio jurídico do beneficiário*, promovendo, à luz das particularidades do caso concreto, um juízo de constitucionalidade material da lei instituidora do benefício, tendo-se como paradigma, especialmente, os princípios da razoabilidade e da moralidade administrativa.

À guisa de conclusão, pode-se asseverar que, no caso específico do teto remuneratório, parece-nos que a vedação à percepção de quaisquer vantagens – inclusive as de caráter pessoal – que superem o teto já havia sido estabelecida pelo constituinte originário, em face do qual não há de falar-se de direitos adquiridos. Todavia, partindo-se, para fins argumentativos, da premissa de que a inclusão das vantagens pessoais no teto foi, efetivamente, obra do constituinte derivado, e, portanto, abordando-se a questão no plano específico da oponi-

bilidade de dos direitos adquiridos às emendas constitucionais, revela-se escorregia a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, que afirma a imprescindibilidade de verificar-se, à luz das especificidades do caso concreto, se o direito foi legitimamente incorporado ao patrimônio jurídico do seu titular, mediante a aferição da constitucionalidade substantiva da lei que o instituiu. Aduz-se tão somente a prioridade *prima facie* da proteção constitucional do direito adquirido e do princípio da segurança jurídica que o suporta axiologicamente, razão pela qual o reconhecimento da constitucionalidade de emenda constitucional supressiva de direito adquirido pressupõe que se demonstre, de maneira amplamente satisfatória, que a manutenção do referido direito geraria lesão insanável ao núcleo essencial de outros princípios constitucionais. À minúcia de demonstração exauriente neste sentido, impende ser declarada a inconstitucionalidade da respectiva emenda.

3.6. CONCLUSÃO

A leitura das críticas formuladas a boa parte das decisões tratadas neste artigo poderia dar ao leitor a impressão de que o seu autor tem uma visão essencialmente negativa da jurisprudência do STF a respeito da proteção dos direitos fundamentais enquanto cláusulas pétreas. Todavia, essa conclusão não procede. Na verdade, a objeção fundamental que se deduziu à jurisprudência do STF – a qual as críticas pontuais são corolários – se refere a pouca relevância dada à circunstância de uma emenda constitucional ser aprovada por uma supermaioria no Congresso Nacional, de maneira a veicular um consenso político mais sólido do que o obtido quando da aprovação de uma lei.¹⁰¹ Além disto, a ambiguidade e a indeterminação dos “direitos e garantias individuais”, a prolixidade do texto constitucional e a ampliação do rol dos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade fazem com que potencialmente toda emenda constitucional contrária a interesses de grupos sociais razoavelmente articulados seja submetida ao STF.

Por fim, deve se relembrar que o processo de reforma à Constituição representa o processo deliberativo mais elevado disciplinado pelo Direito, na medida em que acima dele somente se coloca o poder constituinte originário, que é tradicionalmente visto como um poder político. Assim, a definição de um rol muito amplo de cláusulas intangíveis pode

101 Esta crítica vem sendo feita, no seio do próprio Supremo Tribunal Federal, pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence. Ver, a propósito, PERTENCE, Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 9, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 25 out. 2009.

fazer com que mudanças desejadas por uma maioria sejam impedidas por uma minoria sem que se cogite de violação a direitos materialmente fundamentais – antes afastando meros interesses corporativos –, circunstância que, além de restringir demasiadamente o princípio democrático, tende a suscitar rupturas constitucionais, com inegáveis prejuízos à segurança jurídica.

Aliás, a excepcionalidade do controle da constitucionalidade de emendas à luz de limites materiais ao poder de reforma é confirmada pela análise da jurisprudência das principais Cortes Constitucionais sobre o tema: fora o caso brasileiro, em que um número significativo de emendas constitucionais foi declarado inconstitucional, o único precedente relevante neste sentido de que se tem notícia é da lavra da Suprema Corte indiana. Cuida-se do caso *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, no qual a Suprema Corte indiana estabeleceu os limites do poder do Parlamento, por reforma constitucional, restringir o direito de propriedade para a realização de reforma agrária. Nesta importante decisão prolatada em 24.04.1973, o Tribunal afirmou que a estrutura básica da Constituição, por constituir o seu núcleo de identidade, não poderia ser alterada por emenda constitucional, mas apenas por uma nova Constituição.¹⁰²

Tais fatores geram o dever de o Supremo Tribunal Federal atuar com maior dose de autorrestrição no controle da constitucionalidade de emendas do que de leis, devendo, especificamente em relação ao art. 60, § 4º, IV, da CF/88, seguir uma orientação fundamental: proteger direitos materialmente fundamentais que consistem em pressupostos ao Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988, sem, contudo, permitir que grupos bem articulados se utilizem do rol de cláusulas pétreas – e, em última instância, do Judiciário – para imunizar de futuras maiorias democráticas determinadas visões de mundo e projetos de organização do Estado, ou, pior, privilégios entrincheirados na Constituição sob o rótulo de direitos.

Ainda que tenhamos divergências em relação às interpretações conferidas pela composição majoritária do STF às garantias da anterioridade tributária e eleitoral – em cujas críticas estivemos ao lado da figura eminente do Min. Perence –, em uma análise global da sua jurisprudência parece-nos que o STF, cômico da gravidade e das peculiaridades da invalidação de uma emenda constitucional, tem adotado postura mais adequada do que parcela considerável da doutrina. Com efeito, o STF se afastou da tese formalista que

limita o rol de direitos intangíveis aos incisos do art. 5º, na medida em que, p. ex., reconheceu a superconstitucionalidade das anterioridades tributária e eleitoral (arts. 150, III, b e 16) e da licença à gestante (art. 7º, XVIII). Por outro lado, também não parece reduzir o referido elenco às liberdades fundamentais ou ainda aos direitos a prestações estatais negativas, já que há precedente importante de tutela de direito social prestacional em face de emenda constitucional (ADIN n. 1946/DF: licença à gestante). Ao revés, *uma análise sistemática da jurisprudência do STF revela forte tendência em atribuir o status de cláusula pétrea aos direitos fundamentais de primeira, segunda ou terceira “geração”, sejam eles direitos de defesa ou prestaacionais, estejam ou não previstos no art. 5º.*

Todavia, é exatamente aqui que se percebe que o STF tem sido bem mais cauteloso que a doutrina. Com efeito, autores que defendem a mencionada tese apresentam, via de regra, uma visão essencialmente favorável às cláusulas pétreas, dando ênfase ao seu papel de limitação de atos arbitrários do poder público e esquecendo-se do risco de cristalização de privilégios, do que resulta um elástico do respectivo elenco – como, p. ex., mediante a inclusão de todos os direitos formalmente fundamentais contidos nos arts. 5º a 17 da Constituição ou através de uma leitura expansiva dos direitos adquiridos –, a ponto de gerar uma restrição excessiva ao poder de deliberação da geração atual.

Ao revés, o Supremo Tribunal Federal tem tratado a questão com parcimônia, como revela a sua tendência em não se satisfazer com o local da positivação do direito, antes buscando aferir a fundamentalidade material dos direitos para que eles possam ser considerados limites ao poder de reforma constitucional. Ademais, na ocasião em que considerou constitucional a instituição da contribuição previdenciária sobre os proventos de inatividade pela Emenda Constitucional n. 41/03, a composição majoritária do STF claramente se preocupou em não dar ao rol de cláusulas pétreas “*uma interpretação ortodoxa que fomentasse a ruptura constitucional*”.

Por fim, eventual viés crítico ao controle da constitucionalidade de emendas constitucionais que pode ser inferido deste artigo decorre, sobretudo, da posição bastante expansiva afirmada pela doutrina, e não deve ser usado como premissa à conclusão de que aqui se defende um minimalismo judicial. Ainda que se sustente que o Judiciário deva atuar com maior autorrestrição no controle da constitucionalidade de emendas do que de leis, *admite-se um “ativismo judicial” na fiscalização das emendas que avancem contra direitos materialmente fundamentais.* Uma decisão que serve de exemplo à linha interpretativa que aqui se preconiza – e que nos parece a mais importante decisão proferida pelo STF

102 AIR 1973 SC 1461. Disponível em <http://openarchive.in/newses/29981.htm>; acesso em 25 de outubro de 2009. Ver também SATHE, S.P. India: from positivism to scruturalism. In: INTERPRETING Constitutions – a comparative study. New York: Oxford University, p. 215-266.

sobre a matéria – foi a prolatada na ADIn n. 1946/DF,¹⁰³ na qual, como visto, o STF procedeu à interpretação conforme a constituição do art. 14 da EC n. 20/98, de modo a afastar a exegese que incluía a licença à gestante no teto de benefícios previdenciários por ele instituído. Na hipótese, o STF, corretamente, afastou a interpretação que decorria da literalidade do referido dispositivo – qual seja, a sujeição da licença à gestante ao teto de benefícios previdenciários –, em virtude da sua incompatibilidade com a igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho e com a plena fruição desse direito social prestacional. Assim, apesar de esta interpretação não ser a mais evidente, foi precisamente adotada, diante de garantir o respeito de emenda constitucional a direitos materialmente fundamentais.

Por outro lado, não se descarta da importância de um Tribunal independente controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil; em nosso direito há peculiaridades que tornam esta atividade essencial ao bom funcionamento da democracia: enorme número de emendas constitucionais, o fato de o respectivo quorum (três quintos) não ser tão rigoroso como em outros países, previsão de interesses corporativos em emendas constitucionais, histórico brasileiro de timidez do Judiciário no controle dos atos dos poderes Executivo e Legislativo, etc. Todavia, com a consolidação do Judiciário após a Constituição de 1988, faz-se mister a construção de um consenso doutrinário e jurisprudencial em torno de uma interpretação do art. 60, § 4, IV, da CF/88 que preconize um ativismo judicial na invalidação de emendas constitucionais que coloquem em risco direitos materialmente fundamentais, mas que seja deferente às escolhas políticas tomadas pelo órgão de reforma a respeito do conteúdo constitucional que reputar adequado em determinado contexto histórico.

Poder-se-ia arguir que esta proposta de “interpretação particularista” daria poderes excessivos ao STF, de maneira que deveria se adotar uma concepção formalista (por exemplo, a que afirma que todos os direitos previstos no Título II da Constituição são intangíveis às emendas) para se evitar que o STF refizesse a valoração do órgão responsável pela reforma constitucional, imiscuindo-se no seu rol de competências. Embora não se negue a “dignidade contingente do

103 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1946. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requerido: Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social e Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Relator: Min. Sidney Sanches, 03 de abril de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006. RTJ 186: 472/479.

formalismo jurídico”,¹⁰⁴ parece que se há uma seara em que uma proposta particularista de interpretação constitucional se justifica é, precisamente, o controle da constitucionalidade de emendas constitucionais.

De fato, a gravidade da invalidação do resultado do processo deliberativo juridicamente institucionalizado mais elevado pressupõe uma análise contextualizada e mais aberta a “argumentos não dedutivos”¹⁰⁵ (inclusive políticos e morais) aptos a convencer a sociedade de que se cuida da “melhor” decisão. Ademais, eventuais erros do STF ou intromissões no âmbito de competências dos órgãos de reforma constitucional podem ser corrigidos por emenda constitucional contrária à decisão do STF, tendo em vista a não aplicação do efeito vinculante das suas decisões à função legislativa.¹⁰⁶

Desta forma, obtém-se um modelo dialogal em que o STF e o Congresso Nacional, cada qual à sua maneira (através de argumentos ligados a princípios constitucionais e a políticas públicas, respectivamente), contribuem para a construção de um equilíbrio entre a atribuição de instituição contramajoritária proteger direitos fundamentais em face de decisões tomadas por, ao menos, três quintos dos membros do Congresso Nacional, e a competência de o órgão dotado de legitimidade democrática adequar a Constituição a uma nova realidade; enfim, uma harmonia entre as pretensões de permanência e de alteração da Constituição, entre constitucionalismo e democracia.

104 Sobre a defesa da “dignidade contingente do formalismo jurídico” ver SCHAUER, Frederick. Formalism: Legal, Constitutional, Judicial. In: THE OXFORD handbook of law and politics. New York: The Oxford University, 2008. p. 428-437. No direito brasileiro, ver as importantes contribuições de AVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: ———. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 187-203; STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 463-483.

105 Segundo Manuel Atienza, os argumentos dedutivos se caracterizam pela passagem das premissas à conclusão ser necessária, na forma de um silogismo. Já os argumentos não dedutivos, a *contrario sensu*, não se caracterizam pela ligação necessária entre as premissas e a conclusão, mas pelo vínculo de probabilidade. V. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica* – Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. 3. ed. São Paulo: Landy. p. 31-34.

106 E a recíproca é verdadeira: se o Congresso Nacional aprovar emenda constitucional superadora de decisão do STF que tenha se limitado a proteger direitos materialmente fundamentais de pretensões supressivas de anterior emenda constitucional, poderá o STF, p. ex. em ADI proposta em face da nova emenda, declará-la inconstitucional.