

A aplicação do princípio da proporcionalidade às emendas constitucionais: limitação material ao poder constituinte derivado – análise de um caso concreto: a limitação remuneratória do abate-teto (artigo 37, inciso XI, da Constituição da República)

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto¹

Resumo

O princípio da proporcionalidade constitucional, o poder constituinte derivado reformador, o direito adquirido e a crítica sobre o relativismo dos direitos fundamentais frente às emendas constitucionais. o princípio da proporcionalidade constitucional no direito comparado e no direito brasileiro, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A segunda reforma da previdência (emenda constitucional nº 41/2003) e alguns supostos direitos adquiridos: uma exemplificação da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade constitucional como critério jurídico de limite para a produção normativa do poder constituinte derivado. Emendas Constitucionais com conteúdo desproporcional e irrazoável.

Palavras-Chave: princípio, proporcionalidade, aplicação, emendas constitucionais, abate-teto.

Abstract

The constitutional principle of proportionality, the derived constituent power reformer, vested rights and criticism of relativism in the face of fundamental rights constitutional amendments. the principle of proportionality in constitutional and comparative law in Brazilian law, including the jurisprudence of the Supreme Court. The second security reform (Constitutional Amendment No. 41/2003) and some alleged acquired rights: an illustration of the applicability of the constitutional principle of proportionality as a criterion for the legal limit of production rules derived constituent power. Constitutional Amendments with content disproportionate and unreasonable.

Keywords: principle, proportionality, application, constitutional amendments, killing homeless.

¹Advogado da União de Categoria Especial. Mestre em Ordem Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (2000), Ex-professor substituto da UFC (1996/1998) e ex-Professor da Universidade Católica de Brasília (1999.2 a 2010.1). Professor do curso de direito da UNESC. Professor do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público da ATAME-GO. E-mail: muriack@yahoo.com.

Sumário

1.Considerações apriorísticas sobre o princípio da proporcionalidade constitucional - 1.1. O princípio da proporcionalidade constitucional no direito comparado - 1.2. O princípio da proporcionalidade constitucional no direito brasileiro, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - 2. As diversas tipologias de limites ao poder constituinte derivado reformador e o princípio da proporcionalidade aplicável no exame do conteúdo das emendas constitucionais - 3. A segunda Reforma da Previdência (Emenda Constitucional n. 41/2003) e alguns supostos direitos adquiridos: uma exemplificação da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade constitucional como critério jurídico de limite para o conteúdo produzido pelo poder constituinte derivado – Considerações finais – Referências.

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo lançar luzes sobre uma discussão relevante de teoria geral de direito constitucional - que poderá ter relevantes reflexos no campo do direito constitucional positivo - acerca das seguintes indagações: I) qual o real alcance do princípio da proporcionalidade constitucional? II) Quais as consequências jurídicas do reconhecimento de sua adoção para balizar o labor constituinte reformador? III) qual será o resultado da introjeção deste relevante princípio na sempre hodierna discussão a respeito da “intangibilidade” do direito adquirido perante as emendas constitucionais? IV) qual a vera extensão do direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, *ab initio*, da Carta Maior, em face de seu caráter de cláusula pétrea irreformável (artigo 60, § 4º, IV)?

Saliente-se, ainda, que tais pugnas restam atualmente potencializadas pelo exagerado número de modificações que a nossa Carta Magna vêm sofrendo², uma vez que tal dinamismo reformador, de modo evidente, acarreta o aumento da probabilidade teórica de colisão entre o poder constituinte derivado e as matérias colocadas fora de seu alcance pela Assembléia Nacional Constituinte – as cláusulas pétreas.

Por estes motivos, tentaremos, de forma sucinta, porém, analítica, expor os elementos informativos destes três institutos teóricos primordiais do direito constitucional moderno: o

² Até a data de feitura do texto (dezembro de 2009), constata-se que logo depois de completar vinte e um anos de existência e promulgação, nossa Lei Maior já havia sofrido mudanças acarretadas por 62 (sessenta e duas) emendas constitucionais e mais seis emendas de revisão (BRASIL, Emendas Constitucionais, 2009), levando à desconcertante média temporal de aproximadamente uma emenda constitucional a cada três meses, expondo a sua evidente fragilização e uma incessante crise de juridicidade.

candente princípio da proporcionalidade constitucional, o poder reformador e suas limitações, e a configuração jurídica do abate-teto como elemento limitador da remuneração dos agentes públicos.

1. Considerações apriorísticas sobre o princípio da proporcionalidade constitucional

O princípio da proporcionalidade constitucional se configura, atualmente, como uma das mais eficazes ferramentas do hermeneuta para descortinar eventuais abusos eventualmente executados pelo legislador, porquanto não se compatibiliza com a essência do Estado Democrático de Direito a existência de excessos ou impropriedades na criação das normas jurídicas primárias, ou seja, há de se insurgir contra a utilização equivocada e imprópria da discricionariedade política e de conteúdo do legislador.

Nesse sentido, após o ultrapassar da clássica fase do liberalismo político e econômico, com o advento do *welfare state*²⁰, era necessário impor ao legislativo um instrumento que - a partir do reconhecimento de que o conteúdo da lei deveria se adaptar a um juízo de razoabilidade e ponderação – o forçasse a respeitar certos limites na hora de executar a tarefa de regulamentar e integrar o conteúdo – a princípio, indeterminado e “livre” - de um dispositivo constitucional.

Em outras palavras, foi necessário se reconhecer a necessidade de relativização da liberdade do legislador para preencher de conteúdo as normas infra-constitucionais, uma vez que as mesmas poderiam eventualmente não afrontar expressa ou diretamente nenhum dispositivo constitucional, mas mesmo assim ter uma substância capaz de se desvelar excessiva.

Destarte, com a aplicação do vetor da proporcionalidade, evita-se a “ditadura do legislador” ou o “governo de assembléia” (BONAVIDES, 1996, p. 372), em sua faceta camuflada e sutil e, por isso mesmo, designada como fenômeno muito mais perigoso e insidioso.

Assim, com as devidas reservas, pode-se até mesmo dizer que o papel do princípio da proporcionalidade constitucional, na sua utilização para refrear o legislador ordinário, se assemelha à incumbência que historicamente assumiu o princípio da separação de poderes para arrefecer o poderio absolutista monárquico no século XVIII: realmente, a liberdade demasiada do legislador para preencher e colmatar o conteúdo das leis pode ser caracterizada como uma verdadeira autocracia do legislador, principalmente quando o enfoque jurídico se concentrava nos formalismos e não nas substâncias das opções do legislador.

Nesse sentido,

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsprinzip), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (Geeignetheit) e a necessidade (Erforderlichkeit) do ato legislativo. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p. 321).

Ademais, pode-se reconhecer que, ao invés de ameaçar a separação de poderes, como equivocadamente criticou Fortshop (BARROS, 1996, p. 202-204), a adoção de tal preceito fortalece e assegura um verdadeiro e não-formal equilíbrio e harmonia entre os poderes.

Alfim, o surgimento do princípio da proporcionalidade constitucional foi o golpe definitivo em quaisquer tentativas de arbitrariedades legislativas, uma vez que qualquer demasia normativa poderá ser minorada pelo intérprete (doutrinário e judicial) e até mesmo pelo aplicador da norma na experimentação factual²¹.

No entanto, o surgimento de tal ferramenta teórica não ocorreu de modo instantâneo ou espontâneo, sendo certo que a sua origem histórica passa pela breve citação do direito constitucional comparado, a desvelar que tal critério não é algo inédito e bizarro, mas, ao contrário, configura-se na absorção de novas ideias bastante consistentes na interação mútua entre diferentes sistemas constitucionais, servindo de parâmetro válido para o próprio sistema constitucional brasileiro limitar eventuais abusos perpetráveis pelo legislador²², como doravante passaremos a verificar.

1.1 O princípio da proporcionalidade constitucional no direito comparado

A origem do princípio da proporcionalidade, sob o atual prisma constitucional, pode ser remontada à experiência de vários países - inclusive de sistemas totalmente diversos, como os EUA e a Alemanha, os dois países que mais nos influenciaram.

Com efeito, nas plagas estadunidenses, desde o *leading case* “Locher v. N. York” (1905) que a Suprema Corte Norte-Americana, sob a alegação de estar aplicando o “devido processo legal substancial”, decidiu investir contra as interferências do legislador consideradas “não-razoáveis, arbitrárias e desnecessárias” (VIEIRA, 2002, p. 66-67).

Evidente que tal novidade jurisprudencial estadunidense foi motivada por um motivo ideológico, atualmente, não qualificável como o mais justo e perfeito: então, teve o insuspicaz escopo de refrear as leis de proteção aos direitos sociais que já começavam a despontar no

começo do século XX³, ou seja, teve o princípio da proporcionalidade, nos EUA, uma origem reacionária e conservadora – posteriormente suplantada e retificada na fase do *new deal* -, mas que, ao final e de qualquer modo, acabou revelando um bom caminho a ser seguido posteriormente como “técnica constitucional” e sem quaisquer pendores ideológicos reacionários.

Por este motivo, preleciona com exatidão Suzana de Toledo Barros que

inspirado na common law, que garantiu aos juízes americanos maior desenvolvimento do direito por meio da prática jurisprudencial, e sob a influência do jusnaturalismo, que tem o Direito como ideal de justiça e limite à atuação do Estado intervencionista, o modelo americano de controle vem permitindo refrear o arbítrio do legislador e do administrador, pela sindicância da razoabilidade dos atos governamentais”. (1996, p. 58).

Ainda a mesma autora, salienta o alcance expressivo do juízo de razoabilidade, ao asserir que “o juízo de razoabilidade leva em conta uma pauta de valores da sociedade que os magistrados ocupam-se de traduzir e, na aferição da proporcionalidade da medida restritiva de direitos, sempre é ponderada uma relação de custo/benefício social” (BARROS, 1996, p. 63).

Enfim, nos EUA, o princípio da proporcionalidade constitucional surgiu sob a forma/critério do juízo de “razoabilidade” - corolário do *substantive due process of law* (devido processo legal substancial), desde o início do século XX. Tal fisionomia jurígena acabou por influenciar o direito brasileiro, como veremos posteriormente.

Por outro lado, a origem do princípio da proporcionalidade no direito constitucional alemão se manifestou de forma tipicamente germânica, ou seja, de modo paulatino, racionalista/cartesiano e ponderado, sendo certo que sua adoção remonta a uma emigração do direito administrativo – onde servia como parâmetro para a utilização do poder de polícia e as intervenções estatais na esfera jurídica individual – para o direito constitucional, onde assumiu uma relevância ímpar para a doutrina e para a jurisprudência, notadamente, a do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), de forma que assinala o inigualável mestre Paulo Bonavides, *ipsis literis*:

A Alemanha é o país onde o princípio da proporcionalidade deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência. Talvez seja aquele que primeiro guardou consciência da importância de sua natureza de princípio constitucional nesta

³ O precedente jurisprudencial citado é emblemático: a Suprema Corte declarou inconstitucional, por malferir o “substantive due process of law”, uma lei do Estado de New York que “ousara” estipular um limite de jornada de trabalho máximo de dez horas, durante a semana, e de seis horas nos fins de semana. Tal lei seria intolerável por malferir o sacrossanto “direito à liberdade contratual”, configurando exercício “injusto, desarrazoado e inapropriado do poder de polícia estatal” (VIEIRA, 2002, p. 66-67).

segunda metade do século XX, embora a respectiva introdução no Direito Constitucional haja ocorrido primeiro na Suíça.

Os alemães chegaram tarde, caminhando do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, mas aqui se alojaram com tamanho ímpeto renovador e originalidade de posições doutrinárias que sem eles o princípio da proporcionalidade no direito constitucional europeu dificilmente teria logrado a dignidade de um princípio da Constituição, do Estado de Direito e da salvaguarda dos direitos fundamentais”. (BONAVIDES, 1996, p. 370).

Nesse diapasão, é curial e sedimentado que, na Alemanha, a origem do princípio da proporcionalidade constitucional como uma força autônoma, mesmo que de forma ainda vacilante, remonta a duas célebres decisões do Tribunal Constitucional, ambas de 1958: o “Luth-Urteil” (referente ao grau de extensão legítima do direito de opinião, com enfoque na sua relevância como direito fundamental e o seu exercício proporcional) e o “Apotheken-Urteil” - pertinente à discussão sobre os limites lícitos e proporcionais que o Estado pode criar para o exercício do direito à liberdade profissional (BONAVIDES, 1996, p. 371).

Nesse contexto, a ambiguidade e ausência de unidade lógica para o funcionamento deste critério de limitação do legislador somente restaram atenuadas com a famosa decisão sobre a armazenagem de petróleo de 1971 (“Erdölbevorratung”), na qual o Tribunal Constitucional Alemão finalmente assentou de forma cristalina e lapidar os alcances e abrangência do epigrafoado princípio, formulando-se as seguintes descrições:

[...] o meio empregado deve ser adequado vê necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com o seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental. (BARROS, 1996, p. 44).

Desta forma, ainda com o auxílio da doutrina, se construiu na Alemanha um conceito notável para o princípio da proporcionalidade constitucional, encarado como um direito fundamental de limitação da discricionariedade e arbitrariedade do legislador (princípio geral de proibição do excesso do legislador), sendo tal vetor dotado de três dimensões diferentes - que originaram três subprincípios ou corolários: o subprincípio da idoneidade, o subprincípio da necessidade, e o subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu*. Sobre os mesmos, eis as seguintes asserções:

a) o **Princípio (subprincípio) da Adequação ou Idoneidade** (necessidade de eficácia da medida) – exige a idoneidade dos meios para concretizar os fins do legislador. O meio escolhido pelo legislador tem que ser pertinente e condizente com a finalidade da norma, ou resumindo em uma única palavra: o meio deve ser adequado ao fim perseguido, e deve existir uma harmônica relação causal entre ambos. Para exemplificar, basta se inquirir: a providência restritiva criada

pelo legislador é apta e eficaz para obter os resultados pretendidos? Se a medida não for apta e eficaz, não há adequação e nem idoneidade. Observe-se, ainda, que o juízo de idoneidade deve ser tomado sob a dimensão do legislador, que pode legitimamente imaginar que a medida seria apta e eficaz para obter o resultado esperado, desde que comprovadamente tenha subsídios consistentes para pensar de tal modo. Apenas se a medida for inteira e evidentemente inábil haverá espaço para nulidades.

b) Princípios da Necessidade ou da Exigibilidade (Princípio da Subsidiariedade) – Exige que a medida restritiva criada pelo legislador, além de ser considerada apta para obter o fim pretendido, seja indispensável e insubstituível, ou seja, se não for adotada arriscará a concreção dos objetivos do legislador, revela-se, enfim, na *inexistência de outro meio eficaz: o princípio da subsidiariedade* do meio, algo estritamente necessário de se fazer. É a mesma coisa que se perguntar: há outra coisa a fazer? Há outra maneira de fazer com idênticos resultados? Se a resposta for não às duas perguntas, comprova-se que a medida é realmente necessária e, ademais, insuscetível de permuta por outra de caráter mais suave. Se o legislador tiver mais de uma opção terá que escolher a menos danosa à comunidade.

c) Princípio da Proporcionalidade “*stricto sensu*” – Exige a existência de equilíbrio entre os meios e os fins utilizados, ou seja, a finalidade da norma e os meios escolhidos devem guardar consonância entre si, porque não basta a medida ser apta/eficaz além de ser exigível e insubstituível: mesmo tendo estes atributos retro-elencados, se a medida for desarmônica e excessiva, não há como mantê-la aceitável juridicamente. Como observa Suzana de Toledo Barros, “muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida” (BARROS, 1996, p. 80). Assim, medidas intrinsecamente injustas e desproporcionais, mesmo que sejam eficazes e indispensáveis, bem como insubstituíveis, não podem ser consideradas consentâneas com o Direito, por serem essencialmente desproporcionais em relação a seus objetivos.

Logo, estes três subprincípios da proporcionalidade “*lato sensu*” (que em sua designação genérica significa uma proibição de qualquer tipo de excesso do legislador) auxiliam a tarefa de limitar o legislador, na medida em que trazem em seu bojo o detalhamento e pormenorização dos critérios técnicos mais razoáveis que existem para aferir a conformação da norma jurídica aos parâmetros materiais de controle de excessos.

Em outras palavras, ao estipular critérios objetivos para aferir a legitimidade do conteúdo adotado pelo legislador, verificando se ocorreu alguma forma de arbítrio, o princípio da proporcionalidade logra ser de aplicação menos subjetiva do que o próprio princípio da razoabilidade na acepção estadunidense, no qual o único critério de verificação é a exigência de bom senso do legislador; na acepção tedesca, o princípio da proporcionalidade exige mais do que bom prumo do legislador: exige que o mesmo adote medida idônea e apta; que a medida adotada seja a mais eficaz possível (criando o dever do legislador de perلustrar a opção mais suave) e , alfim, exige do legislador o necessário equilíbrio geral entre meios e fins, proibindo o seu excesso arbitrário e destituído de razoabilidade (sendo relevante reconhecer que há significativa similaridade entre o subcritério ou subprincípio da “proporcionalidade stricto sensu” germânico e o princípio da razoabilidade estadunidense).

Enfim, devemos reconhecer que no direito germânico o princípio da proporcionalidade constitucional atingiu a sua plenitude, de forma que acabou por influenciar vários outros sistemas e ordenamentos jurídicos, inclusive o nosso, na forma do próximo item do presente trabalho.

1.2 O princípio da proporcionalidade constitucional no direito brasileiro, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A verificação do surgimento do princípio da proporcionalidade constitucional no Brasil deve partir, inicialmente, do estudo da jurisprudência.

Realmente, o estudo da jurisprudência é importante porque, não obstante reconheçamos, na esteira da *communis opinio doctorum* de Paulo Bonavides, que existam em nossa Constituição vários dispositivos que acolhem expressamente algum critério de proporcionalidade ²³ (BONAVIDES, 1996, p. 395), resta evidente que não há no nosso direito constitucional positivo a expressão literal do princípio da proporcionalidade limitando os abusos e arbitrariedades do legislador, ou seja, bem que poderia haver sido colocado um “parágrafo quinto” no artigo 5º da Constituição de 1988, deixando-se explícito que a atuação do legislador, máxime no tocante à regulamentação e eventuais restrições aos direitos fundamentais, está submetida a um controle de conteúdo, e não apenas de forma.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade constitucional, necessariamente, deverá ser *princípio implícito*⁴, e, como tal, o reconhecimento de sua presença subjacente no ordenamento pátrio há de ser intentado com o auxílio da doutrina e confirmação da **jurisprudência constitucional**, desvelando assim a importância ímpar desta última para a consolidação do referido princípio em nossa álea jurídica nacional, configurando-se de forma construtivista em verdadeiro poder constituinte “difuso” - informal, dinâmico e mutacional -, a quem cabe reconhecer tais nuances necessárias a compatibilizar a Constituição escrita e a formal⁵.

Nesse ínterim, o acompanhamento evolutivo do princípio da proporcionalidade constitucional no Brasil envolve o reconhecimento de que a sua origem nesta seara (jurisprudencial) foi paulatina e lenta, tendo sofrido constante influência da jurisprudência norte-americana e, em sua última fase, sendo iluminada pelos cânones tedescos (germânicos), na medida do possível, francamente adaptados à realidade brasileira, como veremos oportunamente.

Com efeito, no direito constitucional brasileiro, há nítida e evidente influência do direito estadunidense e germânico na concepção dos limites à atuação do legislador, sendo certo que, inicialmente, mesmo de uma forma assistemática e até mesmo intuitiva, vários foram os julgados do STF que, durante o transcorrer da segunda metade do século XX, declararam normas jurídicas primárias inconstitucionais e ilegítimas por malferirem um critério da razoabilidade (restando neste primeiro momento, uma evidente influência da jurisprudência norte-americana), sendo válido trazer à colação, no entanto, o primeiro acórdão que invoca um critério material - e não formalista, modo velado de adoção da razoabilidade, para arguir e detectar a inconstitucionalidade de uma lei, senão vejamos o voto do Ministro Relator, Oroszimbo Nonato,

⁴ Conferir, na doutrina, na estuenda obra de Cármen Lúcia Antunes Rocha (ROCHA, 1994, p. 42) - “Princípios Constitucionais da Administração Pública, Editora Del Rey, 1994”, p. 42 -, brilhante exposição doutrinária em que se assevera a juridicidade dos princípios, sejam eles expressos ou implícitos na ordem constitucional.

⁵ É de se mencionar que a doutrina denomina alerta para a existência de um poder constituinte “difuso, anônimo e político” (BONAVIDES, 1996, p. 162). O grande mestre Paulo Bonavides, nesse sentido, o descreve: “Não é o jurista profissional, de formação positivista, que descobre a variedade do poder constituinte em tela, senão aquele que, dotado ampla visão sociológica, vislumbra nos acórdãos das cortes constitucionais o exercício de um tal poder constituinte, anônimo, silencioso, mas sumamente eficaz. Exercita-se por múltiplas vias. Fruto às vezes da função criativa dos juízes que interpretam a Constituição formal à luz de uma ‘compreensão prévia’, ele nasce impregnado de realidades existenciais” (BONAVIDES, 1996, p. 163). Ainda, sobre impende alinhar derradeiramente para a atividade exegética do Poder Judiciário que, de forma construtivista, gera o fenômeno da “mutação constitucional” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p. 230).

ao explicitar a inconstitucionalidade de um aumento/majoração de imposto municipal, no RE nº 18.331, de 21 de setembro de 1951⁶, *in verbis*:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um, poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito de inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado. (BARROS, 1996, p. 99).

Nesse diapasão, após este verdadeiro arauto dos pronunciamentos jurisdicionais censuradores dos excessos legislativos (que não fala de “razoabilidade” e nem de “proporcionalidade”, mas admite que os “excessos inespecíficos” do legislador podem ser controlados judicialmente), a jurisprudência do STF foi encetando de forma vagarosa uma seta de indicação da utilização de mecanismos de diminuição dos abusos legislativos, sendo que tal tendência vem a se consolidar, principalmente, no final dos anos oitenta e começo dos anos noventa, quando a influência da jurisprudência estadunidense foi determinante para a consolidação de declarações de inconstitucionalidade por malfeição ao “princípio da razoabilidade”⁷.

Nesse íterim, válido registrar que o coroamento da corrente jurisprudencial de acolhida dos limites materiais do legislador veio incontestavelmente com as decisões a respeito das ADI’s nº 9664 e 958-3, em 11 de maio de 1994⁸, quando o Pretório Excelso, além de declarar a inconstitucionalidade das normas, assentou claramente qual é, no Brasil, a *sedes materiae* do

⁶ Este acórdão é apontado na doutrina especializada como o primeiro em que se utiliza na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a máxima da razoabilidade (BARROS, 1996, p. 99). A mesma autora elenca, dentre as decisões introdutórias do critério da razoabilidade/proporcionalidade, mesmo que veladamente, o RMS nº 16.912, de 31 de agosto de 1967, o Habeas Corpus nº 45.232, de 21 de fevereiro de 1968, a RP nº 930-DF, de 05 de maio de 1976 e a RP nº 1.077, de 28 de março de 1984 (BARROS, 1996, p.100).

⁷ Há de se invocar o princípio da razoabilidade como justificação do Pretório Excelso para os seguintes julgados: MS nº 21.033 e 21.046; RE nº 156.404, 157.863-7, 175.548, 136.237, 146.934 e 156.972-7. Disponíveis em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008. Válido registrar que foi na Adin nº 233-DF, que a cristalização do critério da razoabilidade mais se evidenciou, de forma mais contundente, nesta fase evolutiva. Relevante destacar que ainda nesta época o Supremo Tribunal Federal já determinava a sede material do princípio da razoabilidade na cláusula do devido processo legal substantivo: "Avaliação periódica das instituições e dos cursos de nível superior, mediante exames nacionais: lei 9.131/1995, art. 3º e parágrafos. Arguição de inconstitucionalidade de tais dispositivos: alegação de que tais normas são ofensivas ao princípio da razoabilidade, assim ofensivas ao substantive due process inscrito no art. 5º, LIV, da CF, à autonomia universitária – CF, art. 207 – e que teria sido ela regulamentada pelo Ministro de Estado, assim com ofensa ao art. 84, IV, CF. Irrelevância da arguição de inconstitucionalidade." (ADI 1.511-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-10-1996, Plenário, DJ de 6-6-2003). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

⁸ Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

princípio da proporcionalidade, inserindo-o como consectário implícito do devido processo legal substancial ou material (*substantive due process of law*), obedecendo novamente à evidente influência norte-americana

Por sua importância histórica, é válido transcrever trecho do voto do ministro Moreira Alves, no qual este autêntico fautor desta avançada doutrina, localiza e assenta o “critério de razoabilidade” na cláusula de garantia fundamental do devido processo legal, o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição, *in verbis*:

A Constituição, em seu artigo 5º, inciso LIV – e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas – estabelece que: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Processo Legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é o óbvio, tendo em vista, inclusive o inciso II do artigo 5º que diz: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Esse princípio constitucional que tem sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana Ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade.(...) Em face disso, e não preciso estender-me mais a esse respeito, porque me basta a esse aspecto, deixo de lado aquele outro problema mais delicado que é o de saber se realmente a Constituição permite ou não que a lei estabeleça, para o futuro, restrições a esse nosso pluripartidarismo... Mas, no caso, não preciso entrar nesse aspecto. Fico apenas nesse outro que é o da falta de razoabilidade desse princípio.⁹

Logo, este nos parece - sem dúvida nenhuma - um autêntico *leading case* no qual restou decidido que, no Ordenamento Brasileiro, a *sedes materiae* do princípio da razoabilidade (posteriormente, considerado “sinônimo” de proporcionalidade) é exatamente a cláusula do devido processo legal material ou substancial (*substantive due process of law*).

Com efeito, após este *decisum*, várias outras pendengas jurisdicionais foram resolvidas com base na falta de razoabilidade da norma e conseguinte malferição à cláusula-garantia fundamental do devido processo legal substancial, desvelando-se a solidificação desse entendimento e, ainda mais, demonstrando-se que há uma nítida tendência de ser cada vez mais utilizado tal critério²⁴.

Logo, é evidente que, atualmente, está mais do que consagrada a possibilidade de utilização do critério da razoabilidade para limitar a atuação do legislador infraconstitucional (lei complementar, leis ordinárias e demais similares ou sucedâneos normativos), sendo certo, no entanto, que a expressão “princípio da razoabilidade” é uma evidente herança e inspiração da doutrina norte-americana, que praticamente desconhece a expressão “princípio da

⁹ Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

proporcionalidade”, enredada que está nos meandros de sua extensa doutrina do *due process of law*, em face de sua jurisprudência construtivista.

No entanto, não tardou muito para que o Supremo Tribunal Federal também passasse a acolher, de forma explícita e como sinônimo de “razoabilidade” o princípio da proporcionalidade, de forma que, atualmente, encontra-se deveras inserida e consolidada na jurisprudência pretoriana da Corte das Cortes o entendimento de que o princípio da proporcionalidade constitucional também é derivação da cláusula do devido processo legal material, e, neste sentido, é uma garantia do cidadão-indivíduo contra os excessos do legislador¹⁰.

Óbvio que o acolhimento expresso do princípio da proporcionalidade constitucional, senão ocorreu ainda na extensão aprofundada que envolve até mesmo o reconhecimento dos seus três subprincípios veiculados pela doutrina e jurisprudências germânicas, ao menos acolhe em parte a gama de ensinamentos jurídicos relacionados à teoria continental européia sobre o princípio da proporcionalidade.

Nessa direção, é válido repisar que tal acolhimento explícito do Supremo Tribunal Federal a respeito do princípio da proporcionalidade constitucional, em momento algum significa que o princípio da razoabilidade constitucional foi desprezado e olvidado nas suas decisões, sendo comum que o Supremo invoque os dois princípios, ao mesmo tempo, para justificar uma reprimenda aos abusos do legislador.

Em outras palavras, bem na tradição brasileira de sincretismo doutrinário e metodológico, a direção apontada pelo Supremo Tribunal Federal caminha na direção da utilização dos dois instrumentos de refreio do legislador (o “germânico” e o “estadunidense”) de forma concomitante e superposta, de molde que não temos nenhuma dúvida em asseverar que, para a jurisprudência brasileira mais notável e notória, há sinonímia entre os critérios de “razoabilidade” e “proporcionalidade”.

Aliás, é claro que a questão não é tão-somente de uma coincidência semântica, uma vez que o STF, de forma cônica ou intuitiva, acabou por combinar os dois critérios materiais de limitação do legislador, uma vez que apontou na mesma cláusula do “*substantive due process of*

¹⁰ Nesse sentido, transcrevemos uma das inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal que aliam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como sinônimos: “Lei 10.248/1993, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo – GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/1988, art. 22, IV, e art. 238). Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos.” (ADI 855, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-2008, Plenário, DJE de 27-3-2009.) Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

law” (artigo 5º, inciso LIV , da CF/88 – inspirada no sistema estadunidense) também a *sede materiae* do “princípio da proporcionalidade”, cujo nascedouro se encontra nas plagas tedescas.

De qualquer forma, é evidente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, atualmente, é pacífica e remansa no sentido de acolher, no Brasil, a existência do princípio da proporcionalidade constitucional, restando uma porta aberta para que a doutrina forceje a submissão do legislador também aos seus subprincípios.

Realmente, há vários julgados recentes que se orientaram pelo critério de julgamento no enfoque de proporcionalidade (autonomamente) ou de razoabilidade (cumulativamente com o critério da proporcionalidade), evidenciando-se, enfim, que o STF acolhe a equivalência entre os dois termos na significação de “limites materiais ao legislador”²⁵, não obstante o vocábulo “proporcionalidade” tenha no direito alemão um desenvolvimento e abrangência que o seu similar estadunidense ainda não experimentou, notadamente, dentre outros aspectos, no que se refere aos seus “subprincípios doutrinários”.

Alfim, uma vez que o STF foi paulatinamente acolhendo a “razoabilidade” e depois a “proporcionalidade” constitucional, o viés de vermos menção jurisprudencial expressa aos subprincípios da idoneidade, da necessidade (subsidiariedade) e da proporcionalidade “stricto sensu” não seria hipótese totalmente descartável e nem fantasiosa, e, efetivamente, tal evolução logrou por ocorrer efetivamente¹¹.

Logo, todos os decisórios retromencionados são corroboradores da importância e da

¹¹ É de se mencionar relevante julgado no âmbito do qual o Supremo Tribunal Federal mencionou a juridicidade não apenas do princípio da proporcionalidade, mas, também de seus três sub-princípios, o da adequação, o da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, conforme podemos mencionar, in verbis: “Por atipicidade da conduta, a Turma deferiu habeas corpus para trancar ação **penal** instaurada contra o paciente, gerente de agência bancária, pela suposta prática do crime de desobediência (CP, art. 330), pela circunstância de disponibilizar a quantia equivalente ao valor expresso no mandado de penhora - referente à dívida de correntista do banco - e, não da metade do que depositado em conta corrente, porquanto excedente ao montante do débito exigido. A Turma, tendo em conta a ambigüidade na redação da ordem judicial, considerou inexistente o dolo de desobedecer, já que tal redação permitia a interpretação dada pelo paciente, que obedecera a um comando contido no mandado. Ademais, entendeu-se que, na espécie, a manutenção do procedimento criminal contra o paciente ofenderia os princípios da proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXV) e da dignidade humana (CF, art. 1º, III) **e, ainda, não atenderia às três máximas parciais do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.** HC 82.969-PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 30.9.2003.(HC-82969) Tal decisão foi noticiada no Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 323. . Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

atualidade da questão da razoabilidade/proporcionalidade, e, embora existam muitos outros julgados¹² que também adentraram na questão meritória da proporcionalidade constitucional, elencamos, de modo específico e tópico, o julgamento da Adin 1407/DF²⁶ como síntese do entendimento do STF a respeito do assunto.

Alfim, desta vera seara de informações jurisprudenciais depreende-se que realmente o legislador brasileiro pode ser atingido em sua discricionariedade política pelo exigência ou “teste” do juízo de razoabilidade e proporcionalidade, o que reduz o seu raio de ação do legislador e opera profunda “revolução tácita e silenciosa” de nosso sistema jurídico, no qual os abusos normativos sempre foram estimulados sobre o pretenso manto de uma visão formalista da teoria da separação de poderes, justificativa utilizada com freqüência para se fechar os olhos, no passado, para o conteúdo da norma legal e se concentrar, única e tão-somente, na questão formal, implicando em legitimação de toda sorte de excessos.

Impende alinhar, enfim, que, no Brasil, em face da influência conjunta da doutrina e jurisprudência estadunidense e germânica, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade constitucional foram considerados princípios jurídicos implícitos enfeixados na profunda e abrangente rede de proteção do devido processo legal material (*substantive due process of law*), este último expressamente consignado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Alfim, incumbe ressaltar que as implicações jurídicas, no ordenamento jurídico brasileiro, da combinação dos dois critérios alienígenas de controle do legislador se farão sentir sobretudo no tema “aplicação do princípio da proporcionalidade como limite ao poder reformador”, inspirando uma idéia praticamente inédita e que jamais foi ousada nem nos EUA e nem na Alemanha: na ordem jurídica brasileira, o devido processo legal (onde, segundo o STF, reside implícito o princípio da proporcionalidade constitucional) configura uma autêntica CLÁUSULA PÉTREA, de molde que a atuação do poder constituinte reformador pode e deve ser analisada sobre os critérios e subcritérios da proporcionalidade, como demonstraremos no tópico a seguir.

¹² Salientamos, dentre outros decisuns recentíssimos, o julgamento do RE 3434466 (julgamento da constitucionalidade da contribuição para o SAT – seguro de acidentes de trabalho, artigo 7º, inciso XXVIII da CF/88, na qual o STF julgou fértil em razoabilidade a delegação para o decreto presidencial especificar os detalhes pertinentes à aplicação dos percentuais diferenciados de 1% (um por cento), 2% (dois por cento) e 3% (três por cento) de alíquota de acordo com o risco de acidentes de trabalho – ver artigo 8º da CF/88), e o julgamento da Adin 2.556, no qual se considerou legítima e adequada ao devido processo legal material – razoabilidade – a exigência para todas as empresas – mesmo as que não tinham diferenças de FGTS a adimplir – do pagamento das contribuições sociais gerais instituídas pela Lei Complementar nº 110/2001, em face do dever de solidariedade social. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

3. As diversas tipologias de limites ao poder constituinte derivado reformador e o princípio da proporcionalidade aplicável no exame do conteúdo das emendas constitucionais

O poder constituinte originário é o poder máximo de editar uma novel Constituição, concebendo assim uma nova ordem, jurídica, com fundamentos, valores e princípios inteiramente diversos do ordenamento jurídico anterior, de forma que se assevera sobre este mesmo poder na modalidade “originária”, que não há invocação de direitos adquiridos e situações juridicamente consolidadas, de uma forma geral.

Tal ocorre porque o poder constituinte originário é o poder supremo de organização política do Estado e da Sociedade, modernamente, através de uma constituição, cuja **titularidade** é exercida pelo próprio povo, seja nas assembleias nacionais constituintes, e mesmo nas Constituições outorgadas – quando alguém se imbuí do título de representante do povo (ditador) e outorga uma Carta Política.

Com efeito, o Poder Constituinte Originário, uma vez legitimado por sua origem – social e politicamente concentrada na vontade popular, mesmo que interposta -, tem por características ser inicial, ilimitado e autônomo (MORAES, 2006, p. 30).

É **Inicial** porque cada nova constituição instaura uma nova ordem jurídica, com outros fundamentos jurídicos, que servirá posteriormente de fundamento de validade para todas as demais normas. É **Ilimitado** porque não encontra limites jurídicos anteriores na criação da nova Constituição, ou seja, não se há de invocar qualquer situação jurídica anteriormente consolidada, uma vez que apenas aquelas compatíveis com o novo texto constitucional perdurarão invocáveis no novo ordenamento jurídico²⁷. Finalmente, é **Autônomo** porquanto não se subordina a nenhuma espécie de prévia norma procedimental.

Por estes motivos, é assente e curial que não há “direitos adquiridos” invocáveis contra a nova Constituição¹³, a não ser que o próprio texto constitucional novo expressa ou tacitamente

¹³ O Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido da impossibilidade de procedência ação direta de inconstitucionalidade (adi) contra norma constitucional oriunda do poder constituinte originário, ou seja, pela não aceitação da tese de normas constitucionais originárias “inconstitucionais” por suposta malfeição originária de cláusula pétrea; em suma: adoção da legitimidade da constituição material e formal no texto constitucional originário; só há incompatibilidade com cláusulas pétreas se a norma constitucional for oriunda do poder constituinte derivado, e não do poder constituinte: “As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.” (ADI 815, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28-3-96, DJ de 10-5-96). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

absorva os mesmos, revelando a extensão e contundência deste poder, que, em nome da estabilidade normativa e das instituições, deveria ser utilizado com muito mais parcimônia do que vem sendo no Brasil, o qual já teve sete Constituições no curto espaço histórico de menos de dois séculos, desde a primeira Carta Política Imperial de 1824.

No entanto, embora seja de relevância ímpar este “poder originário”, o nosso enfoque deverá se voltar para um dos corolários do Poder Constituinte Originário, qual seja, o poder constituinte derivado ou poder constituinte “constituído” ou “jurídico” (BONAVIDES, 1996, p. 128).

Realmente, o Poder Constituinte Derivado é oriundo de uma constituição já existente e pode modificar, com limites, a ordem constitucional total (poder constituinte derivado **reformador**) ou conceber as ordens jurídicas parciais – criação de constituições estaduais pelas entidades federativas (poder constituinte derivado decorrente)¹⁴. É **Subordinado**, porque possui limites jurídicos para sua atuação, ditados pelo próprio poder constituinte originário;

Derivado, porquanto origina-se da vontade do poder constituinte originário e sua *sede materiae* se encontra na própria *Lex Fundamental*, e é **Condicionado**, porquanto a sua utilização condiciona-se às expressas regras procedimentais do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o poder constituinte derivado tem por função atualizar permanente o texto constitucional, inserindo as novas necessidades jurídicas provenientes do turbilhão da vida em sociedade e concretizando a mutação constitucional, mas esbarra em limites criados pelo Poder que lhe deu nascimento.

Nesse diapasão, a doutrina considera que existem ao menos cinco diferentes formas de limitação do poder constituinte derivado reformador: limites temporais, limites circunstanciais, limites procedimentais, limites tácitos e limites materiais (BONAVIDES, 1996, p. 173 e ss.).

As limitações ou limites **temporais** significam a proibição absoluta de utilização do poder constituinte derivado durante um específico período de tempo: enquanto não decorrido tal lapso

¹⁴ No atual e vigente Ordenamento Constitucional Brasileiro, o Poder Constituinte Derivado Decorrente está previsto no artigo 25, caput, em relação às Constituições Estaduais, e no artigo 29, caput, em relação às Leis Orgânicas Municipais, que se equivalem a “Constituições Municipais”.

temporal, restará paralisado e inerte o poder constituinte derivado¹⁵.

As limitações ou limites **Circunstanciais** configuram proibições de utilização do poder constituinte derivado durante determinados eventos específicos, como determinado no artigo 60, § 1º, da Constituição de 1988 que veda a feitura de emendas à Constituição enquanto estiverem vigentes e decretados os institutos constitucionais excepcionais da intervenção federal, do estado de sítio e do estado de defesa. Nestas determinadas circunstâncias, características do “sistema constitucional das crises” (SILVA, 1998, pp. 692/695) restará paralisado e suspenso o poder constituinte derivado.

As limitações ou limites **Procedimentais** são normas constitucionais que estipulam um obrigatório trâmite procedimental para o exercício do poder constituinte derivado²⁸. È, *exempli gratia*, a previsão do artigo 60, § 2º, de que a proposta de emenda será discutida no Congresso Nacional, em ambas as casas legislativas, em dois turnos de deliberação, e somente será aprovada se obtiver o quórum qualificado de três quintos, em todas as votações, da mesma forma que é exemplo o procedimento singular e específico para a concreção da revisão constitucional prevista no artigo 3º do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)²⁹.

As limitações **Tácitas** são lindes implícitos na ordem constitucional, não previstos expressamente, mas que decorrem do sistema constitucional, e que também impedem a atuação do poder constituinte derivado, até como forma de evitar que este último tente criar qualquer forma de escapismo das limitações expressas. È o caso da proibição de alteração da titularidade do poder constituinte originário (artigo 1º, parágrafo único da CF/88), ou da modificação do órgão titular para o exercício do poder constituinte derivado e, principalmente, a proibição de modificação das regras procedimentais para o trâmite de emendas constitucionais previstas no artigo 60, incisos I, II e III e parágrafo 3º. Também são imodificáveis, formal ou materialmente, os parágrafos 2º, 4º e 5º da Constituição da República, sob pena de distorção da vontade

¹⁵ Entendemos que a limitação formal estabelecida no artigo 60, § 5º da Constituição Federal se encaixaria como uma limitação “temporária” ou “temporal” parcial e específica, proibindo o poder constituinte derivado de voltar a deliberar, na mesma sessão legislativa, sobre um específico tema versado em projeto de emenda constitucional rejeitado. Ver decisão do STF no MS 22503-3/DF, onde se admite o controle de constitucionalidade do processo legislativo em face do artigo 60, § 5º da CF/88: “Não ocorre contrariedade ao § 5º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V). É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, § 5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originariamente proposto” (MS 22.503, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 8-5-96, DJ de 6-6-97). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

constituente originária a respeito do funcionamento e atuação do poder de reforma constitucional¹⁶.

Finalmente, limitações ou limites **Materiais** são proibições absolutas de utilização do poder constituente derivado em determinados assuntos ou matérias previstos na Ordem Constitucional, sendo que, em nossa Constituição, os limites materiais absolutamente intocáveis, total ou parcialmente pelo poder de reforma, estão concentrados nas Cláusulas Pétreas arroladas no artigo 60, § 4º, da Constituição, quais sejam: o princípio federativo, o princípio da separação de poderes, o voto direto, secreto, periódico e universal, e, mormente, os direitos e garantias individuais³⁰.

Nesse ponto, é válido frisar que a doutrina da intangibilidade das cláusulas pétreas já foi referendada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao examinar a Adin 939-7 (relator Sidney Sanches), a qual declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 03/93, após estabelecer a premissa de que uma “emenda constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102, I, a, da CF)”. Logo, a teoria da limitação material ou absoluta já se encontra devidamente solidificada em nosso ordenamento jurídico, segundo interpretação feita até pela doutrina especializada (TORRES, 1995, p. 40 e ss).

Logo, no sistema constitucional brasileiro, resta evidenciado que existem limites intransponíveis ao poder constituente derivado, incluindo-se, em tais lindes, os óbices **materiais** que englobam, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República, os

¹⁶ Sobre o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da existência de limites implícitos ou tácitos ao poder constituente derivado, eis transcrição da seguinte decisão: “Antecipação do plebiscito a que alude o art. 2º do ADCT da Constituição de 1988. Não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o STF competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de Emenda Constitucional; no caso, a n. 2, de 25 de agosto de 1992, impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas. Contendo as normas constitucionais transitórias exceções à parte permanente da Constituição, não tem sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta, até porque é da natureza mesma das coisas que, para haver exceção, é necessário que haja regra, de cuja existência aquela, como exceção, depende. A enumeração autônoma, obviamente, não tem o condão de dar independência àquilo que, por sua natureza mesma, é dependente.” (ADI 829, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 14-4-93, DJ de 16-9-94). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

próprios direitos e garantias individuais, ao menos, em seu núcleo essencial ¹⁷.

Exatamente aí reside o ponto nodal e evidente de uma constatação teórica fácil, mas que, curiosamente, não tem sido veiculado de forma consistente e sistemática pela doutrina constitucionalista pátria: ora, se o princípio da proporcionalidade constitucional é, segundo o Supremo Tribunal Federal, como já vimos neste singelo trabalho, princípio imanente à garantia individual expressa do devido processo legal substantivo ou material, e se todas as garantias individuais previstas na Constituição são cláusulas pétreas, é impossível evitar o salto epistemológico para a conclusão de que o princípio da proporcionalidade constitucional **TAMBÉM É UMA CLÁUSULA PÉTREA E DEVE SER OBSERVADO PELO PODER CONSTITUINTE DERIVADO!**

Ora, as implicações de tal idéia são magníficas e fabulosas, e transcendem até mesmo as doutrinas estadunidenses e germânicas que, de modo mais genérico, sempre tentaram enfrentar a problemática da limitação das arbitrariedades do legislador infraconstitucional (leis ordinárias e normas equivalentes na legislação comum), não se tendo feito notícia de qualquer obra mais completa a respeito da atuação do poder constituinte derivado, que, de uma análise última, se revela nada mais do que uma tipologia muito especial de “legislador”.

Evidente que tanto nos EUA como na Alemanha o problema da atuação do Poder Constituinte Derivado não tem a mesma carga emocional e repercussão idênticas ao problema brasileiro, uma vez que tão-somente aqui ocorre o problema da total banalização do poder de reforma constitucional, modificando-se a Constituição (“total” ou parcialmente), de forma tão frequente e notável, que a doutrina já reconhece que a realidade brasileira já está inserida em um problema sério que é o fenômeno concomitante da crise constituinte - crise do titular do poder constituinte - e da crise constitucional - do objeto do poder constituinte (BONAVIDES, 1996, p. 169 e ss).

¹⁷ É relevante acentuar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no diapasão de que todas as cláusulas pétreas não estão submetidas à intangibilidade absoluta, uma vez que a proteção apenas seria em relação ao núcleo essencial de tais limites materiais. Com efeito, sobre o alcance das cláusulas pétreas: seu caráter não-absoluto, proteção, apenas, do núcleo essencial das cláusulas pétreas, para não tornar inflexível a adaptação constitucional em pontos secundários que não confrontem frontalmente com a essência das cláusulas pétreas – as cláusulas pétreas não configuram proteção absoluta, a não ser em relação ao seu “núcleo essencial”, in verbis: “Ação direta de inconstitucionalidade (...) improcedência. A ‘forma federativa de Estado’ — elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República — não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto **as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege (...)**” (ADI 2.024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 3-5-07, DJ de 22-6-07). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

No entanto, de qualquer maneira, mesmo inexistindo uma precedência teórica no direito comparado, não é absurdo reconhecer que no ordenamento jurídico brasileiro o alcance do princípio da proporcionalidade constitucional se espraia também pela álea de atuação do próprio poder reformador, impedindo que o conteúdo das emendas constitucionais seja preenchido por uma alarmante discricionariedade política do constituinte derivado.

Aliás, a aplicação do princípio da proporcionalidade constitucional também para o exame e verificação do núcleo material das emendas constitucionais é algo extremamente relevante e típico da realidade brasileira, certamente em situação singular no mundo no que tange à periodicidade da utilização das reformas de Constituições e das Constituições.

Deveras, nessa óptica, não nos custa transcrever brilhante passagem doutrinária que desnuda de forma desconcertante a realidade instável do constitucionalismo pátrio, inclusive, desvelando a sua percepção difusa nos meios internacionais, *ipsis verbis*:

O Brasil, em 176 anos de independência, conheceu oito regimes constitucionais (medida de um a cada 22 anos, ou seja, um terço de uma geração, fixado em 65 anos o tempo de vida provável do brasileiro). Não houve uma só geração de brasileiros que vivesse sob uma mesma Constituição. Sem contar as muitas emendas – não raro, mais de dez – que cada Constituição recebeu durante o seu período de eficácia. Não é sem razão que se reclama da falta de uma ‘mentalidade constitucional’ entre os brasileiros. Assim se explica que o ritmo da produção de normas seja vertiginoso, ao passo que lento é o ritmo dos investimentos em educação. Só o bom humor – outro traço notável da personalidade brasileira – parece capaz de manter-se impávido ante o dislate. Como o do saudoso Afonso Arinos, que, com a didática do professor de direito constitucional e a picardia do experimentado político e constituinte de 1946, contava a seus alunos, no curso de pós-graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, na década de 70, que, certa feita, visitando um sebo, em Paris, indagou se dispunham de exemplares da Constituição do Brasil, ao que o livreiro respondeu que ali não se trabalhava com periódicos...” (PEREIRA JÚNIOR, 1998, p. 15).

Enfim, a utilização do princípio da proporcionalidade constitucional como elemento de redução da discricionariedade política abusiva e por demais ampla do poder reformador brasileiro é, muito mais do que um simples mimetismo das teorias alienígenas sobre o controle dos excessos do legislador: no Brasil, os excessos são cometidos pelo próprio texto constitucional, uma vez que entre nós de muito é adotado o modelo analítico ou prolixo de Constituição, a qual chega a um nível de detalhamento nem sempre compatível a estatura e supremacia da *Lex Fundamentalis*.

Em suma, controlar o conteúdo das emendas constitucionais através do princípio da proporcionalidade constitucional é muito mais do que uma simples evolução doutrinária e

jurisprudencial “à brasileira”, mas, antes, sinaliza necessidade ineludível da realidade constitucional nestas plagas tupiniquins.

Ora, considerando que a realidade estadunidense e germânica orientam os abusos normativos preferencialmente para o legislador ordinário, de modo que o antídoto (exigência de proporcionalidade e razoabilidade) é dirigido para o mesmo legislador infraconstitucional; **no Brasil**, diversamente, como as arbitrariedades não são cometidas apenas através da legislação inferior à Constituição, mas também pelo próprio órgão constituinte derivado, é forçoso reconhecer que se torna imprescindível a existência de um parâmetro de análise criteriosa sobre o conteúdo material da produção constitucional derivada.

Nesse contexto é que as decisões do Supremo Tribunal Federal acabam por propiciar uma nova perspectiva jurídica ainda não esgotada ou dissecada totalmente, como uma verdade que não se ousou até o presente momento: a cláusula do devido processo legal substantivo ou material (*substantive due process of law*), na medida em que se delineia como uma garantia individual de que “ninguém será privado de seus direitos ou bens sem o devido processo legal”(artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988), insere-se na conjuntura das cláusulas pétreas, e, como tal, configura uma autêntica limitação material da atuação do poder constituinte derivado.

Em face disso, da mesma forma que se exige “razoabilidade” ou “proporcionalidade” do legislador, até mesmo pelos seus efeitos potencialmente mais deletérios à esfera jurídica individual, os mesmos paradigmas de controle do excesso podem e devem ser aplicados à produção normativa do poder constituinte derivado brasileiro, inclusive e exatamente para que as cláusulas pétreas não se transformem em um oásis de logicidade sistêmica constitucional perdida em veras “toneladas” de normas abusivas e/ou excessivas amontoadas de forma caótica e dispersiva no texto constitucional.

Sob o prisma do núcleo ôntico do Estado Democrático de Direito, a garantia de existência de cláusulas pétreas não pode significar apenas a impossibilidade do poder constituinte derivado modificar um rol de quatro limitações materiais expressadas no artigo 60, § 4º e incisos da CF/88; deve haver uma realidade constitucional apta a conviver com estas cláusulas pétreas, sob pena do esvaziamento paulatino e sub-reptício das mesmas.

Nesse sentido, não é fora de propósito o exame de emendas constitucionais ao lume dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Aliás, o próprio Pretório Excelso tem-se utilizado deste expediente de examinar emendas constitucionais tendo em vista a sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade.

Inicialmente, podemos mencionar o precedente do julgamento da inconstitucionalidade do artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/98, que limitou o valor do benefício previdenciário do salário-maternidade em quantia irrisória e tal fato foi considerado como um retrocesso histórico absurdo. Embora implicitamente, é certo que o juízo de irrazoabilidade da medida foi crucial para o Pretório Excelso declarar a inconstitucionalidade da medida criada pelo constituinte derivado³¹.

No entanto, podemos mencionar, mais recentemente, o julgamento da legitimidade da contribuição de iluminação pública - Cosip, criada pela Emenda Constitucional nº 39/2002. O tributo, em si, foi considerado uma exação compatível com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, utilizados expressamente pelo Supremo Tribunal Federal para aferir a legitimidade do conteúdo da emenda constitucional³².

No mesmo sentido, a estipulação do abate teto pela Emenda Constitucional nº 41/2003 foi objeto de arguição de inconstitucionalidade por alegação de “irrazoabilidade”, a qual foi afastada pela Corte Excelsa¹⁸.

Inclusive, é de se mencionar que no julgamento do recurso extraordinário nº 349703/RS - RIO GRANDE DO SUL¹⁹, o Pretório Excelso foi além, e julgou o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição da República, norma oriunda do Poder Constituinte Originário, como norma necessitada de ser interpretada ao lume do princípio da proporcionalidade, de molde a se tornar juridicamente ilegítima a prisão civil por dívida no Brasil, exceto no caso específico do devedor infiel de alimentos, ou seja, transformou o princípio da proporcionalidade como critério de legitimidade não apenas do poder constituinte derivado, mas da própria matriz essencial de caráter sistêmico da interpretação de norma criada pelo poder constituinte originário²⁰.

Alfim, não é fora de propósito a intenção de doutrinar que se intenta no presente artigo acadêmico, de aplicação do princípio da proporcionalidade ao produto normativo oriundo do poder constituinte derivado, como autêntica limitação material, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal já tem realizado tal cotejamento, como explicado anteriormente.

¹⁸ Vide: MS nº 24.875, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11-5-06, DJ de 6-10-06. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

¹⁹ Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

²⁰ Nessa mesma toada, o Supremo Tribunal Federal utilizou o princípio da proporcionalidade para interpretar extensivamente o estatuto constitucional indígena estatuído pelos artigos 231 e 232 da Constituição da República, in verbis: “A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo (...)”. Julgamento da demarcação da notória terra indígena “Raposa Serra do Sol” na Pet nº 3388/RR - RORAIMA PETIÇÃO; Relator(a): Min. CARLOS BRITTO; Julgamento: 19/03/2009; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 15 dezembro de 2009.

Este é, portanto, o papel sistêmico e essencial do princípio da proporcionalidade constitucional ao limitar, através da cláusula-garantia do devido processo legal material, a atuação do poder constituinte derivado, reduzindo substancialmente a sua discricionariedade de modificar as normas constitucionais que não constituam cláusulas pétreas: é necessário verificar se a modificação da norma constitucional “não pétrea” é adequada/idônea, exigível/necessária, proporcional *stricto sensu* entre os seus meios e fins.

Em uma frase, é imprescindível verificar se o conteúdo da emenda constitucional é razoável, perante o nosso sistema constitucional.

4. A segunda Reforma da Previdência (Emenda Constitucional n. 41/2003) e alguns supostos direitos adquiridos: uma exemplificação da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade constitucional como critério jurídico de limite para o conteúdo produzido pelo poder constituinte derivado

Verificado, nas linhas anteriores, que o princípio da proporcionalidade constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro, além de mitigar os potenciais excessos do legislador ordinário, também diz respeito ao controle da produção normativa do poder constituinte derivado, é mister utilizar tais parâmetros para examinar um ponto bastante polêmico e suspicaz do projeto de emenda constitucional que estabelece uma segunda modificação estrutural do quadro jurídico previdenciário brasileiro: a questão do teto salarial absoluto, em face da nova redação introduzida no artigo 37, inciso XI, da Constituição da República, pela Emenda Constitucional nº 41/2003.

Nesse sentido, passamos a imediatamente discorrer sobre a questão do teto constitucional absoluto, ou seja, a previsão de que, a partir da promulgação desta nova emenda constitucional, nenhum servidor público federal, estadual, distrital ou municipal poderá ver ultrapassar o valor da sua remuneração em relação ao valor total de um Ministro do Supremo Tribunal Federal³³.

Logo, observa-se pelos dispositivos normativos introduzidos que, a partir da promulgação da Emenda Constitucional da Segunda Reforma da Previdência (a EC nº 41/2003), existirá um teto absoluto intransponível nos três poderes nos âmbitos federais, estaduais, distritais e municipais, que funcionará da seguinte forma:

a) no âmbito da União, os três poderes (Executivo – incluído o Ministério Público, Legislativo e Judiciário) terão como remuneração, provento ou pensão máximos (incluídas todas as vantagens possíveis e imagináveis...) o valor da maior remuneração (subsídio) do Ministro do Supremo Tribunal na data de promulgação da emenda em comento, de forma que acaba a antiga

hipocrisia de existirem três subtetos diferentes para um dos poderes e permitindo um realinhamento salarial entre os servidores do executivo (ganhando menos) e os dos demais poderes, encontrando-se incompatível com o novo texto constitucional a lei nº 8.852/93; reparem que o valor pago como subsídio ao Ministro do Supremo Tribunal Federal é o valor máximo pago individualmente, mesmo considerando “cumulações” de proventos, remunerações ou pensão de qualquer natureza, ou seja, é um limite para cada indivíduo, e não um limite para cada estipêndio – aplicando-se este mesmo raciocínio para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

b) no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, não haverá qualquer remuneração, proventos ou pensões (incluindo todas as vantagens possíveis e imagináveis) em valor maior do que o subsídio do governador, em relação ao poder executivo estadual ou distrital; servirá como parâmetro de “subteto” o subsídio dos Deputados, pertinentemente ao poder legislativo estadual; servirá como parâmetro de “subteto” em relação ao Poder Judiciário e a funções essenciais à Justiça o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, em relação ao poder judiciário estadual, limitando-se o total do subsídio do Desembargador a 90,25% do subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal, e incluindo neste subteto do judiciário estadual três carreiras “jurídicas” que não integram o Judiciário Estadual ou Distrital: os membros do Ministério Público local, os defensores públicos locais e os procuradores e advogados públicos locais – sendo lícito concluir que se fortaleceu a carreira da advocacia pública que passou a ter o mesmo status remuneratório de juízes e promotores;

c) no âmbito dos Municípios, seja no Poder Executivo ou no Poder Legislativo, o valor máximo possível para todas as remunerações, proventos e pensões (incluindo todas as vantagens possíveis e imagináveis) passa a ser o do subsídio do Prefeito, e sem prejuízo do disposto no artigo 29, inciso VI e 29-A introjetados pela Emenda Constitucional nº 25/2000.

d) enquanto não forem criados os subsídios mencionados nos respectivos limites federais, estaduais, distritais e municipais, aplica-se imediatamente, e de forma geral, o limite absoluto do teto da remuneração/subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal, dispensando-se qualquer lei regulamentadora, pretexto anterior para a não aplicação de nenhum teto²¹; isso

²¹ Com efeito, efetivamente, o Pretório Excelso somente iniciou a aplicar o teto constitucional após a promulgação da epigrafada Emenda Constitucional: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, **após a EC 41/2003**, as vantagens pessoais, de qualquer espécie, devem ser incluídas no redutor do teto remuneratório, previsto no inciso XI do art. 37 da CF.” (RE 464.876-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 16-12-2008, Primeira Turma, DJE de 20-2-2009). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 14 de abril de 2009.

significa que, após aprovarem os seus respectivos subsídios, os âmbitos estaduais, distritais e municipais poderão ter tetos específicos imediatamente aplicáveis e bem menores do que o subsídio do Ministro do STF²²; por outro lado, é implicitamente proibido criação de “subsídios” federais, estaduais, distritais e municipais acima do valor do maior subsídio/remuneração do Ministro do Supremo Tribunal Federal.

e) a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 47/2005, em face do artigo 37, § 12, da Constituição da República, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal²³, não se aplicando tal faculdade excepcional aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores;

f) a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 47/2005, em face do artigo 37, § 11, da Constituição da República, fica expressamente consignado que a regra do abate-teto não abrangerá as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei;

g) a regra do abate-teto não abrangerá as empresas estatais, sociedades de economia mista ou empresas públicas, que sejam independentes, isto é, que não necessitem de transferências orçamentárias para suas despesas de custeio em geral e para suas despesas de pessoal, em especial, na forma preconizada pelo artigo 37, § 9º, da Constituição da República.

Ora, observa-se que tal redação constitucional traz uma limitação absoluta para o recebimento de qualquer espécie de contraprestação remuneratória (despesa de custeio ou transferência corrente com pessoal) acima do teto geral estipulado, uma vez que não haverá

²² É relevante mencionar que, mesmo antes da Emenda 41/2003, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aceitava e acatava a possibilidade do Estados, Municípios e Distrito Federal de adotarem subteto, portanto, menor do que o teto nacional; vide julgamento do **Recurso Extraordinário nº 255236/SP - SÃO PAULO. Disponível em: <www.stf.gov.br>**. Acesso em 14 de abril de 2009.

²³ Sobreleva realçar que, não obstante a literalidade da Norma Constitucional criada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, o Supremo Tribunal Federal fez “interpretação conforme a Constituição” do artigo 37, § 12º, da Constituição da República, de modo a obstar o estabelecimento de tetos remuneratórios diferentes entre a magistratura federal e a magistratura estadual, em face de imperativo isonômico, senão vejamos, in litteris: “EMENTA: MAGISTRATURA. Remuneração. Limite ou teto remuneratório constitucional. Fixação diferenciada para os membros da magistratura federal e estadual. Inadmissibilidade. Caráter nacional do Poder Judiciário. Distinção arbitrária. Ofensa à regra constitucional da igualdade ou isonomia. Interpretação conforme dada ao art. 37, inc. XI, e § 12, da CF. Aparência de inconstitucionalidade do art. 2º da Resolução nº 13/2006 e do art. 1º, § único, da Resolução nº 14/2006, ambas do Conselho Nacional de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida. Voto vencido em parte. Em sede liminar de ação direta, aparentam inconstitucionalidade normas que, editadas pelo Conselho Nacional da Magistratura, estabelecem tetos remuneratórios diferenciados para os membros da magistratura estadual e os da federal” (ADI 3854 MC / DF - DISTRITO FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; Julgamento: 28/02/2007; Órgão Julgador: Tribunal Pleno). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 14 de abril de 2009.

exceções à regra de que nenhum “salário” pago pelos três poderes das entidades federativas poderá extrapolar o subsídio/remuneração do Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a literalidade do “novíssimo” inciso XI do artigo 37 da Constituição da República é contundente ao afirmar que o teto máximo absoluto se aplica aos salários, subsídios, remunerações “stricto sensu”, proventos, pensões e “quaisquer” outras espécies remuneratórias que já existam ou possam vir a ser criadas, selando o destino de todas as tentativas de escapismo do teto máximo através da via fácil da “nomenclatura”; com a mesma eficiência, foi estipulado que nenhum tipo de vantagem, inclusive de natureza pessoal, será excluída do teto máximo.

Alfim, também não terá sucesso na empreitada fugidia do teto o artifício de tentar “acumular” duas “remunerações *lato sensu*” diferentes, com o escopo de afirmar que o teto máximo seria considerado individualmente para cada uma das remunerações; enfim, até mesmo a questão da natureza jurídica de “norma constitucional de eficácia limitada”, a necessitar de lei regulamentadora ou preceito integrativo - motivo pelo qual, na prática, não se aplicou o teto em suas duas versões constitucionais anteriores²⁴ - poderá ser utilizada como desculpa jurídica para alguém continuar a usufruir do privilégio odioso de ter salários, pensões ou aposentadorias milionárias!

Outrossim, a grande pugna jurídica a respeito da aplicação imediata do abate teto será a velha e vetusta cantilena do “direito adquirido” ou da “situação jurídica consolidada”, sempre cumulativamente com argumentos filosóficos a respeito da norma principiológica da segurança jurídica.

No entanto, a invocação de direito adquirido não nos parecerá razoável e nem mesmo consentânea com a nossa ordem jurídica, senão vejamos.

Inicialmente, não se pode asseverar “direito adquirido” contra o poder constituinte originário, e a idéia/programa normativo de estabelecer um teto máximo de remuneração para os agentes públicos é fruto da redação original do artigo 37, inciso XI, da Constituição, c/c o artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sendo indeclinável que este último preceptivo assevera com exatidão que todas as espécies remuneratórias deverão ser “imediatamente reduzidas aos limites **decorrentes** da Constituição”, e, ademais, assevera

²⁴ A esse respeito, conferir, na doutrina, as argumentações de Alexandre de Moraes in.: *Direito Constitucional Administrativo*, Editora Atlas, 3ª edição, pp. 163/169 (MORAES, 2006, pp. 163/169). Ver também a ata da 3ª sessão administrativa do pleno do STF em 24 de junho de 1998, a qual confirmou exatamente a natureza “limitada” do artigo 37, inciso XI, mesmo após a EC nº 19/98 (MORAES, 2006, p. 165, nota de rodapé nº 11).

expressamente que o direito adquirido não poderá ser invocado para impedir tal medida constritora, cujo caráter de relevância pública é evidente.

Não nos parece que tenha sido à toa que o artigo 9º da nova emenda constitucional ordena expressamente aplicar o artigo 17 do ADCT para a redução salarial de todos os que perceberem acima dos limites estipulados ³⁴.

Secundus, é fato que não existe direito fundamental absoluto, e todo direito fundamental pode e deve ser relativizado, devendo-se relembrar que o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, ao estipular, literalmente, que a lei (em sentido formal e não em sentido material – em vários outros dispositivos do artigo quinto há referência à lei e a interpretação é de que há referência à lei em sentido formal²⁵) não poderá atingir o direito adquirido, facultou indiretamente à discricionariedade do poder constituinte derivado a mitigação parcial dos direitos adquiridos, desde que sob uma perspectiva de razoabilidade/proporcionalidade²⁶.

Tercius, o objetivo da norma é de evidente cunho moralizador e vem aliada à noção de probidade e impessoalidade na Administração Pública, não sendo aceitáveis argumentos de cunho individualista quando está em jogo o interesse público de criar uma eqüitativa relação entre as remunerações, afinal, o valor “justiça” se encontra vulnerado quando a omissão legislativa permite que um único servidor público aufera estipêndios de cinquenta, oitenta ou cem mil reais por mês, ao passo há outros percebendo um único salário mínimo.

Na verdade, é manifestamente inconstitucional manutenção dessa gritante disparidade, porquanto isso contraria frontalmente o princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*) e porque, em última instância, ilide o princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*) e olvida às escâncaras o objetivo institucional de construção de uma “sociedade livre, **justa e solidária**”(artigo 3º, inciso I, da CF/88).

Finalmente, é relevante verificar se tal emenda constitucional se compatibiliza ou não com o princípio da proporcionalidade constitucional “*lato sensu*” bem como os seus respectivos subprincípios.

Inicialmente, cumpre asseverar que não nos parece haver ocorrido qualquer “excesso”, “arbitrio” ou “arbitrariedade” do legislador constituinte derivado ao traçar e estipular com

²⁵ além disso, se o alcance dos direitos adquiridos como direito fundamental tivesse o alcance abrangente e intangível que a visão conservadora quer impor, até hoje a escravidão seria prática juridicamente legitimada no Brasil...

²⁶ É de se mencionar o julgamento, no STF, do AI 223672 AgR/SP - SÃO PAULO, no qual, expressamente, se rechaça o argumento da existência de direito adquirido para evitar a redução remuneratória decorrente do artigo 17 do ADCT. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 14 de abril de 2009.

minudência o funcionamento e concreção do limite-teto remuneratório absoluto, ainda mais quando tal medida é prevista em nosso ordenamento constitucional desde os primórdios da própria Assembléia Nacional Constituinte e, em última instância, o valor do teto foi estipulado em um valor bastante alto, impossível de agredir o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF/88), revelando a inexistência de qualquer “desproporcionalidade genérica”.

Quanto ao subprincípio da adequação ou idoneidade, resta-nos evidente que a medida (limitar os valores remuneratórios) é apta a obter a concretização do fim colimado, qual seja, a criação de uma estrutura salarial escalonada, progressivamente justa e compatível com a realidade econômica brasileira, que há muito já demonstrou não mais prevalecer o vetusto princípio da inesgotabilidade dos recursos públicos.

Em referência ao subprincípio da necessidade ou da subsidiariedade, percebemos que a medida é realmente o instrumento necessário e exatamente devido para moralizar o pagamento de estipêndios a agentes públicos, não havendo outro meio “mais suave”, inclusive porque foi exatamente o *modus operandi* ditado pelo próprio poder constituinte originário.

Ratificando tal entendimento, lembramos que a economia dos cofres públicos com adoção desta providência de moralização e justiça (cuja eficácia é imediata e produz efeitos imediatos a partir do mesmo dia da promulgação da Emenda Constitucional da nova reforma previdenciária), se refletirá inclusive no âmbito do artigo 169 da Constituição da República e dos artigos 19 e 20 da Lei Complementar Federal nº 101/2000 (lei de responsabilidade fiscal), uma vez que tais regras estipulam um limite com gastos de pessoal que se tornará menos distante de ser observado e respeitado com a benfeitoria economia pública proporcionada com a aplicação do abate teto, evitando-se demissões, exonerações, extinções de cargos públicos e outras medidas mais drásticas previstas no artigo 169, §§ 3º e 4º da CF/88.

Finalmente, o princípio da proporcionalidade “stricto sensu” também resta atendido, uma vez que há nítida proporcionalidade entre os meios e fins colimados, principalmente se enfocarmos que o teto máximo de remuneração pública (subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal) algumas dezenas de vezes o valor da remuneração mínima (o salário mínimo), criando escalonamento razoável. Ao contrário, desproporcional é o privilégio odioso de alguém receber até quatrocentas vezes ou mais o valor de um salário mínimo.

Por todos estes motivos, consideramos que a medida de estipulação e concreção do abate teto é totalmente consentânea com o princípio da proporcionalidade constitucional, legitimando-

se de forma plena a atividade de produção normativa do poder constituinte derivado ao estipular novas regras constitucionais imediatamente aplicáveis.

Não por outro motivo, o próprio Pretório Excelso, em inúmeras decisões, reconheceu a legitimidade e auto-aplicabilidade da limitação do abate-teto após o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, como se observa dos seus julgados mais recentes³⁵, nos quais, inclusive, a própria tese da irrazoabilidade da exigência de abate-teto foi devidamente afastada, sendo relevante transcrever neste ponto os fragmentos da Ementa do julgamento do Mandado de Segurança nº 24875-DF, no qual a tese da “desproporcionalidade” da Emenda Constitucional nº 41/2003 foi objeto de conhecimento e enfrentamento expresso pelo Pretório Excelso:

(...) III. Mandado de segurança: possibilidade jurídica do pedido: viabilidade do controle da constitucionalidade formal ou material das emendas à Constituição. IV. Magistrados. Subsídios, adicional por tempo de serviço e o teto do subsídio ou dos proventos, após a EC 41/2003: arguição de inconstitucionalidade, por alegada irrazoabilidade da consideração do adicional por tempo de serviço quer na apuração do teto (EC 41/03, art. 8º), quer na das remunerações a ele sujeitas (art. 37, XI, CF, cf EC 41/2003): rejeição. 1. *Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma.* 2. Nem da interpretação mais generosa das chamadas ‘cláusulas pétreas’ poderia resultar que um juízo de eventuais inconveniências se convertesse em declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional que submeta certa vantagem funcional ao teto constitucional de vencimentos. 3. No tocante à magistratura - independentemente de cuidar-se de uma emenda constitucional - a extinção da vantagem, decorrente da instituição do subsídio em ‘parcela única’, a nenhum magistrado pode ter acarretado prejuízo financeiro indevido. 4. Por força do art. 65, VIII, da LOMAN (LC 35/79), desde sua edição, o adicional cogitado estava limitado a 35% calculados sobre o vencimento e a representação mensal (LOMAN, Art. 65, § 1º), sendo que, em razão do teto constitucional primitivo estabelecido para todos os membros do Judiciário, nenhum deles poderia receber, a título de ATS, montante superior ao que percebido por Ministro do Supremo Tribunal Federal, com o mesmo tempo de serviço (cf. voto do Ministro Néri da Silveira, na ADIn 14, RTJ 130/475,483). 5. Se assim é - e dada a determinação do art. 8º da EC 41/03, de que, na apuração do ‘valor da maior remuneração atribuída por lei (...) a Ministro do Supremo Tribunal Federal’, para fixar o teto conforme o novo art. 37, XI, da Constituição, ao vencimento e à representação do cargo, se somasse a ‘parcela recebida em razão do tempo de serviço’ - é patente que, dessa apuração e da sua aplicação como teto dos subsídios ou proventos de todos os magistrados, não pode ter resultado prejuízo indevido no tocante ao adicional questionado. 6. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não pode o agente público opor, à guisa de direito adquirido, a pretensão de manter determinada fórmula de composição de sua remuneração total, se, da alteração, não decorre a redução dela. 7. Se dessa forma se firmou quanto a normas infraconstitucionais, o mesmo se há de entender, no caso, em relação à emenda constitucional, na qual os preceitos impugnados, se efetivamente aboliram o adicional por tempo de serviço na remuneração dos magistrados e servidores pagos mediante subsídio, é que neste - o subsídio - foi absorvido o valor da vantagem. (...)” (julgamento do Mandado de Segurança nº 24875-DF - Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 13 de junho de 2009).

Logo, em conclusão, entendemos perfeitamente assentado que a análise da Emenda Constitucional nº 41/2003 ao lume do princípio da proporcionalidade leva à impossibilidade de alegação de “direito adquirido” para impedir a aplicação do abate teto previsto na novel redação do artigo 37, inciso XI, da Constituição da República (BRASIL, 2008), desde que respeitado o princípio da irredutibilidade, e enquanto o valor do subsídio mensal do Supremo Tribunal Federal não absorver inteiramente eventuais valores ou vantagens pessoais que não mais subsistirão autonomamente e de maneira permanente.

Considerações finais

O princípio da proporcionalidade constitucional ou da razoabilidade é uma das mais revolucionárias ferramentas que a doutrina constitucional já engendrou, devendo ser mais difundido em seu conceito e extensão (inclusive quanto aos seus três subprincípios: adequação, idoneidade e proibição do excesso) para caracterizar a institucionalização da proibição do eventual arbítrio do legislador, aponto-se em tal conjuntura, no Brasil (em face do entendimento do STF no sentido de que o mesmo princípio é imanente à garantia fundamental do devido processo legal substantivo ou material - artigo 5º LIV, da CF/88), uma autêntica cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior.

Em outras palavras, é lícito e válido empreender a sua obrigatória aplicação também ao labor normativo empreendido pelo poder constituinte derivado, havendo sido demonstrada a sua importância, inclusive, para balizar relevantes discussões sobre a constitucionalidade de emendas constitucionais, tais como no caso da aplicabilidade do teto remuneratório máximo previsto na Reforma da Previdência intentada através da novel redação introduzida ao artigo 37, inciso XI, da Constituição da República, pela Emenda Constitucional nº 41/2003, mormente, quanto ao aspecto do direito adquirido, restando claro que referida modificação é consonante com a razoabilidade exigida do poder constituinte derivado pelo *substantive due process of law*.

Tal raciocínio exegético pode e deve ser feito em relação a outras normas constitucionais criadas pelo poder de reforma e, quiçá, é forçoso concluir que não está longe a data em que o Pretório Excelso irá declarar a invalidade de emenda constitucional por ilisão material inolvidável ao princípio da proporcionalidade ou razoabilidade constitucional.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2008.

BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 1ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 22ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

_____. **Direito Constitucional Administrativo**. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes e. O princípio da proporcionalidade constitucional e os limites materiais do poder constituinte derivado reformador: exigência de razoabilidade das emendas constitucionais. *In: Opinião Jurídica*, Universidade Christus, Fortaleza-Ceará, ano II, nº. 03, ano de 2004 (2004.1).

PIOVESAN, Flávia. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. *In: Biblioteca Digital Interesse Público* – IP da Editora Fórum, ano 4, n. 13, jan. 2002. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2002;

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOTAS DE FIM

²⁰ Sobre a relevância do Estado de Bem Estar Social e a efetivação dos direitos sociais, culturais e econômicos, mencionamos na doutrina artigo escrito por Flávia Piovesan intitulado **“GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA, INTEGRAÇÃO REGIONAL E DIREITOS HUMANOS”**, publicado na Biblioteca Digital Interesse Público – IP da Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan. 2002. Deste texto, retiramos a seguinte passagem: “Acrescente-se ainda que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas uma obrigação jurídica, que tem por fundamento os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Este Pacto, que conta atualmente com a adesão de mais de 140 Estados-partes, enuncia um extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a filiar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, à previdência social, à saúde, etc. Nos termos em que estão previstos pelo Pacto, estes direitos apresentam realização progressiva, estando condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (artigo 2º, § 1º, do Pacto). Como afirma David Trubek: ‘Os direitos sociais, enquanto social welfare rights, implicam a visão de que o Governo tem a obrigação de garantir adequadamente tais condições para todos os indivíduos. A idéia de que o welfare é uma construção social e de que as condições de welfare são em parte uma responsabilidade governamental repousa nos direitos enumerados pelos diversos instrumentos internacionais, em especial pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ela também expressa o que é universal neste campo, na medida em que se trata de uma idéia acolhida por quase todas as nações do mundo, ainda que exista uma grande discórdia acerca do escopo apropriado da ação e responsabilidade governamental, e da forma pela qual o social welfare pode ser alcançado em específicos sistemas econômicos e políticos’ ” (PIOVESAN, 2002, p. 13).

²¹ Sobre a aplicação do vetor proporcional aos casos concretos, cf. na doutrina, a lição proferida por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: “A Corte Constitucional alemã entende que as decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça com base na lei aprovada pelo parlamento submetem-se ao controle de proporcionalidade. Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de mostrar-se compatível com o princípio da proporcionalidade. Esta solução parece irrepreensível na maioria dos casos, sobretudo naqueles que envolvam normas de conformação extremamente abertas (cláusulas gerais; fórmulas marcadamente abstratas). É que a solução ou fórmula legislativa não contém uma valoração definitiva de todos os aspectos e circunstâncias que compõem cada caso ou hipótese de aplicação”. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p. 336-337). Nesse diapasão, cabe lembrar relevante precedente em que pela primeira vez o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação do princípio da proporcionalidade em um caso concreto: “DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende – de resto, apenas para obter prova de reforço – submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: **hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria.**” (HC 76.060, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 31-3-1998, Primeira Turma, DJ de 15-5-1998) Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 20 de dezembro de 2008.

²² Sintomática é a lição proferida pelo Supremo Tribunal Federal na própria ementa do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2551 MC-QO/MG-MINAS GERAIS. **“O Poder Público, (...), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. - O Estado não pode legislar abusivamente.** A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de **diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais”** (grifos inexistentes no original).

²³ “No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhes são afins, entre os quais se

avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito. O Direito constitucional brasileiro acolhe já de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, a que se refere a Constituição, sem todavia explicitá-lo, como sói ocorrer, por exemplo, com alguns direitos sociais ou no campo do Direito Tributário (§ 1º do art. 149) ou ainda no Direito Eleitoral relativamente à representação proporcional como regra constitucional de composição de uma das Casas do Poder Legislativo (caput do § 1º do art. 45). A aplicação do princípio se insere, do mesmo passo, particularizado em figura de norma, nos seguintes lugares do texto constitucional: - incisos V, X e XXV do art. 5º sobre direitos individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; § 3º do art. 36 sobre intervenção da União nos Estados e Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; § 4º, bem como alíneas c e d do inciso III do art. 40 sobre aposentadoria de servidor público; inciso V do art. 49 sobre competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do art. 71 (...); parágrafo único do art. 84 (...); incisos II e IX do art. 129 (...); caput do art. 170 (...); caput e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; § 1º do art. 174 e inciso IV do art. 175. Mas é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo como já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional” (BONAVIDES, 1996, p. 395 e 396).

²⁴ Apenas para ilustrar, podemos trazer alguns dos mais importantes julgados da Corte Excelsa que, nos últimos anos, adotaram a razoabilidade ínsita ao devido processo legal material para fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de normas primárias por manifesta conduta excessiva do legislador, ou mesmo para confirmar a sua eventual juridicidade – de qualquer modo, fazendo pronunciamento jurisdicional sobre o conteúdo e materialidade das normas –, senão vejamos, in verbis: **(1)** “Por aparente ofensa ao princípio do devido processo legal em sentido material (CF, art. 5º, LIV), o Tribunal deferiu pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Partido Social Liberal - PSL, para suspender, até decisão final, a eficácia do art. 6º e seus incisos da MP 2.045/2000, o qual suspende, até 31.12.2000, o registro de arma de fogo a que se refere o art. 3º da Lei 9.437/97, exceto para os entes, órgãos e empresas discriminados em seus incisos. **Considerou-se não haver razoabilidade na norma impugnada, uma vez que ela, apesar de não proibir a comercialização de armas de fogo, praticamente inviabiliza a sua comercialização**”. ADInMC 2.290-DF, rel. Min. Moreira Alves, 18.10.2000(ADI-2290). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008; **(2)** EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 6º e seus incisos da Medida Provisória nº 2045-4, de 26 de setembro de 2000. Suspensão, até 31 de dezembro de 2000, do registro de arma de fogo a que se refere o art. 3º da Lei nº 9.437/97. - **Plausibilidade jurídica suficiente para a concessão da liminar requerida, por se afigurar, neste exame sumário, ofendido o princípio do devido processo legal em sentido material (art. 5º, LIV, da Constituição).** - Ocorrência quer do "periculum in mora", quer da conveniência da concessão de liminar. Medida liminar deferida para suspender, até o julgamento final desta ação, a eficácia, "ex nunc", do artigo 6º e de seus incisos da Medida Provisória nº 2.045-4, de 26 de setembro de 2000”. ADIn 2290-MC-DF, relator Min. Moreira Alves, 18 de outubro de 2000”; Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008. **(3)** “Reconhecendo, embora, a plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade deduzida pelo PC do B contra os incisos I e II do art. 57 da L. 9100/95 - que estabelecem como critério a ser observado pela Justiça Eleitoral na distribuição do tempo de utilização gratuita de rádio e televisão pelos partidos políticos nas próximas eleições municipais, fração proporcional ao número de representantes de cada partido na Câmara dos Deputados -, o Tribunal decidiu indeferir, por razões de conveniência, o pedido de suspensão liminar do dispositivo. **Entendeu-se que o deferimento da cautelar implicaria o surgimento de vácuo legislativo ensejador de situação mais inconstitucional (i.e., mais contrária à exigência de razoabilidade que decorre do princípio do devido processo legal material) que a derivada do preceito legal impugnado**” Vencido o Min. Ilmar Galvão, relator. ADIn 1408-DF, 15.02.96; Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008. **(4)** **Por ofensa ao princípio da razoabilidade**, o Tribunal julgou procedente o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro para declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 82 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (“§ 3º - O pagamento dos servidores do Estado será feito, impreterivelmente, até o 10º (décimo) dia útil de cada mês.”). **Considerou-se ser irrazoável que a norma impugnada, para evitar o atraso no pagamento dos servidores estaduais, estabeleça uma antecipação de pagamento de serviços que ainda não foram prestados**. ADI 247-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 17.6.2002.(ADI-247); Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008. **(5)** “O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público – Tratando-se, ou não, de matéria tributária – **Devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos**

estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade." (RE 200.844-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-6-2002, Segunda Turma, DJ de 16-8-2002); Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

²⁵ De qualquer forma, impende alinhar que há vários juízos decisórios do Pretório Excelso que acolheram a necessidade de exame, pelo judiciário, do conteúdo material "razoável" ou "proporcional" da norma jurídica primária, como se deduz das transcrições a seguir, in verbis: **(I) "Por ofensa ao princípio da proporcionalidade,** o Tribunal julgou procedente o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 57 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, **que estabeleciam que as multas relativas ao não-recolhimento e à sonegação dos impostos e taxas estaduais não poderiam ser inferiores, respectivamente, a duas vezes e a cinco vezes o valor do tributo.** ADI 551-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 24.10.2002. (ADI-551)". Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008. **(II) E M E N T A:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO LEGAL DOS FATORES DE INDEXAÇÃO - ALEGADA OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA - INOCORRÊNCIA - SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORAÇÃO DO TRIBUTO - RECURSO IMPROVIDO. - Não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Precedentes. - A modificação dos fatores de indexação, com base em legislação superveniente, não constitui desrespeito a situações jurídicas consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI), nem transgressão ao postulado da não-surpresa, instrumentalmente garantido pela cláusula da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, "b"). - **O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law"** (CF, art. 5º, LIV). **O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade.** Precedentes. RE 200844 AgR / PR – PARANÁ; AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 25/06/2002; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ DATA-16-08-2002 PP-00092 EMENT VOL-02078-02 PP-00234. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008. **(IV) EMENTA:** Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação à nova redação dada ao § 2º do artigo 33 do Decreto Federal 70.235, de 06.03.72, pelo artigo 32 da Medida Provisória 1699-41, de 27.10.98, e o "caput" do artigo 33 da referida Medida Provisória. Aditamentos com relação às Medidas Provisórias posteriores. - Em exame compatível com a liminar requerida, não têm relevância suficiente para a concessão dela as alegadas violações aos artigos 62 e 5º, XXXIV, XXXV, LIV e LV, e 62 da Constituição Federal quanto à redação dada ao artigo 33 do Decreto Federal 70.235/72 - recebido como lei pela atual Carta Magna - pelo artigo 32 da Medida Provisória 1699-41, de 27 de outubro de 1998, atualmente reeditada pela Medida Provisória 1863-53, de 24 de setembro de 1999. - **No tocante ao "caput" do já referido artigo 33 da mesma Medida Provisória e reedições sucessivas, basta, para considerar relevante a fundamentação jurídica do pedido, a alegação de ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal em sentido material (art. 5º, LIV, da Constituição) por violação da razoabilidade e da proporcionalidade em que se traduz esse princípio constitucional.** Ocorrência, também, do "periculum in mora". Suspensão de eficácia que, por via de consequência, se estende aos parágrafos do dispositivo impugnado. Em julgamento conjunto de ambas as ADINs, delas, preliminarmente, se conhece em toda a sua extensão, e se defere, em parte, o pedido de liminar, para suspender a eficácia, "ex nunc" e até julgamento final do artigo 33 e seus parágrafos da Medida Provisória nº 1863-53, de 24 de setembro de 1999. ADI 1976 MC / DF - DISTRITO FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE relator(a): Min. MOREIRA ALVES; Julgamento: 06/10/1999; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ DATA-24-11-00; PP-00189; EMENT VOL-02013-01 PP-00079; VOTAÇÃO UNÂNIME. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008. **(IV) EMENTA:** Ação rescisória: MProv. 1577-6/97, arts. 4º e parág. único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças - indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parág. único): arguição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da Constituição: conveniência da suspensão cautelar: medida liminar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos

pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, Segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa. 2. A igualdade das partes é imanente ao procedural *due process of law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; **se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.** 3. Razões de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público. ADI 1753 MC / DF - DISTRITO FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator(a): Min. SEPULVEDA PERTENCE; Julgamento: 16/04/1998; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ DATA-12-06-98 PP-00051 EMENT VOL-01914-01 PP-00040. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

²⁶ Senão vejamos, in literis: “E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996 – COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - VEDAÇÃO ESTABELECIDA PELA LEI N. 9.100/95 (ART. 6º) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, § 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO - AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO - AÇÃO DIRETA - LEGITIMIDADE ATIVA – INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA.(...) 2. VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS – PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL – RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW. - **O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.** A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que **a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada**, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador”. ADI 1407 MC / DF – DISTRITO FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 07/03/1996; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ DATA-24-11-00; PP-00086 EMENT VOL-02013-10 PP-01974; Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

²⁷ Sobre direito adquirido e a não limitação dos poderes originários da nova constituição – ilimitação do poder constituinte originário inclusive em relação à coisa julgada material; aplicabilidade do artigo 17 do ADCT da CF/88 ao direito adquirido e à coisa julgada, demonstrando que o poder constituinte originário é realmente ilimitado até mesmo pelo poder judiciário da ordem constitucional anterior; “EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Vencimentos. Vantagens pecuniárias. Adicionais por Tempo de Serviço e Sexta-Parte. Cálculo. Influência recíproca. Cumulação. Excesso. Inadmissibilidade. Redução por ato da administração. **Coisa julgada material anterior ao início de vigência da atual Constituição da República. Direito adquirido. Não oponibilidade. Ação julgada improcedente.** Embargos de divergência conhecidos e acolhidos para esse fim. Interpretação do art. 37, XIV, da CF, e do art. 17, caput, do ADCT. Voto vencido. **Não pode ser oposta à administração pública, para efeito de impedir redução de excesso na percepção de adicionais e sexta-parte, calculados com influência recíproca, coisa julgada material formada antes do início de vigência da atual Constituição da República.** Decisão - Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que conhecia e recebia os embargos, e do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que também conhecia, mas os desprovia, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente), o

Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (art. 37, I do RISTF). Plenário, 26.04.2006. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu dos embargos e, por maioria, recebeu-os para julgar improcedente a demanda, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que desprovia os embargos. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. Plenário, 23.11.2006. RE-EDv 146331 / SP - SÃO PAULO; EMB.DIV.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; Julgamento: 23/11/2006; Órgão Julgador: Tribunal Pleno . . Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

²⁸ Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, há legitimidade privativa dos parlamentares – deputados federais e senadores – para impetrar mandado de segurança visando garantir a efetivação de limitações procedimentais ao poder constituinte derivado: "O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas. Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves (leading case), RTJ 99/1031; MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, RDA 191/200; MS 21.303-AgR/DF, Ministro Octavio Gallotti, RTJ 139/783; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso, DJ de 12-9-2003." (MS 24.642, Min. Carlos Velloso, julgamento em 18-2-04, DJ de 18-6-04). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

²⁹ Sobre a aplicação do artigo 60, incisos I, II e III e § 2º da Cf/88 de forma a considerar inconstitucional emenda constitucional que tenha desobedecido aos limites procedimentais do poder constituinte derivado: "Conselho Nacional do Ministério Público: composição inicial (EC 45/2004, art. 5º, § 1º): densa plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade de norma atributiva de competência transitória para a hipótese de não se efetivarem a tempo, na forma do texto permanente, as indicações ou escolhas dos membros do Conselho Nacional do Ministério Público, por inobservância do processo legislativo previsto no § 2º do art. 60 da Constituição da República, dada a patente subversão do conteúdo da proposição aprovada pela Câmara dos Deputados, por força de emenda que lhe impôs o Senado, e afinal se enxertou no texto promulgado" (ADI 3.472-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 28-4-05, DJ de 24-6-05). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

³⁰ Sobre a possibilidade de impetração de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) para declarar a inconstitucionalidade de emendas constitucionais, tendo por base as cláusulas pétreas – limites materiais ao poder constituinte derivado-, transcrevemos a seguinte decisão do Pretório Excelso, in verbis: "O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é admissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). Precedente: ADI 939 (RTJ 151/755)." (ADI 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 29-4-99, DJ de 14-9-01). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

³⁰ O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que as cláusulas pétreas não estão apenas no artigo 60, § 4º, da Constituição, uma vez que os direitos fundamentais estão espalhados em todo o texto constitucional, in verbis: "É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. (...) não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição (...) É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (...) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um 'engessamento' da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado (...). Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva. Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas 'garantias de eternidade', como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (...) Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das 'garantias de eternidade' somente será obtido mediante esforço hermenêutico. **Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana (...).**" (ADPF

33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 23 de dezembro de 2008.

³¹ “(...) não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/1998, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da CF originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a EC 20/1998 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da EC 20/1998, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada 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. 7º, XXX, da CF/1988), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da CF. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença. (...) Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do MPF, a ação direta de inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar ao art. 14 da EC 20, de 15-12-1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, XVIII, da CF.” (ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3-4- 2003, Plenário, DJ de 16-5-2003). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 15 de maio de 2009.

³² “EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. **EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I - Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. II - A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III - Tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. IV - **Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. V - **Recurso extraordinário conhecido e improvido**” (Recurso Extraordinário nº 573675 / SC - SANTA CATARINA. Julgamento pelo Pleno do STF em 25/03/2009). Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 15 de maio de 2009.

³³ Para entendermos melhor a questão, basta transcrevermos o artigo 1º, o artigo 9º e o artigo 10º da Emenda Constitucional nº 41/2003, in litteris: “Art. 1º - A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) ‘Art. 37, inciso XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (...) Art. 8º Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de

representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos. rt. 9º Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

³⁴ **Nesse diapasão, é lícito mencionar que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 146331 EDv/SP - SÃO PAULO**, o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que nem mesmo a coisa julgada poderia ser considerada óbice à aplicação imediata do artigo 17 do ADCT. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 14 de abril de 2009.

No entanto, sobre a aplicação do artigo 17 do ADCT e do artigo 9º da EC nº 41/2003, diversamente da conclusão explicitada na nota de rodapé anterior, é de se mencionar o julgamento, no STF, do MS 24875/DF-DISTRITO FEDERAL (MANDADO DE SEGURANÇA ;Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 11/05/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno), no qual o Supremo Tribunal Federal sublinhou a diferença da aplicabilidade do artigo 17 do ADCT, como norma constituinte originária, e do artigo 9º da EC nº 41/2003 (norma derivada do poder constituinte derivado), determinando que as emendas constitucionais devem obediência à cláusula geral da segurança jurídica, ao postulado constitucional da irredutibilidade remuneratória dos servidores públicos e do núcleo essencial dos direitos e garantias individuais, considerados, todos, cláusulas pétreas a serem obedecidos pelo constituinte: “EMENTA: I. Ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal: proventos (subsídios): teto remuneratório: pretensão de imunidade à incidência do teto sobre o adicional por tempo de serviço (ATS), no percentual máximo de 35% e sobre o acréscimo de 20% a que se refere o art. 184, III, da Lei 1711/52, combinado com o art. 250 da L. 8.112/90: mandado de segurança deferido, em parte. II. Controle incidente de constitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à decisão da causa ou que a declaração de ilegitimidade constitucional não aproveite à parte suscitante, não pode o Tribunal - dado o seu papel de ‘guarda da Constituição’ - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (v.g. SE 5.206-AgR, 8.5.97, Pertence, RTJ 190/908; Inq 1915, 05.08.2004, Pertence, DJ 05.08.2004; RE 102.553, 21.8.86, Rezek, DJ 13.02.87). III. Mandado de segurança: possibilidade jurídica do pedido: viabilidade do controle da constitucionalidade formal ou material das emendas à Constituição. (...) V. Magistrados: acréscimo de 20% sobre os proventos da aposentadoria (Art. 184, III, da L. 1.711/52, c/c o art. 250 da L. 8.112/90) e o teto constitucional após a EC 41/2003: garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos: intangibilidade. 1. Não obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatura constitucional, razão por que, após a EC 41/2003, não seria possível assegurar sua percepção indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido, aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou diretamente o direito à irredutibilidade de vencimentos - modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas. 2. Ainda que, em tese, se considerasse susceptível de sofrer dispensa específica pelo poder de reforma constitucional, haveria de reclamar para tanto norma expressa e inequívoca, a que não se presta o art. 9º da EC 41/03, pois o art. 17 ADCT, a que se reporta, é norma referida ao momento inicial de vigência da Constituição de 1988, no qual incidiu e, neste momento, pelo fato mesmo de incidir, teve extinta a sua eficácia; de qualquer sorte, é mais que duvidosa a sua compatibilidade com a “cláusula pétrea” de indenidade dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição de 1988, recebida como ato constituinte originário. 3. Os impetrantes -sob o pálio da garantia da irredutibilidade de vencimentos -, têm direito a continuar percebendo o acréscimo de 20% sobre os proventos, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do Supremo Tribunal Federal (...)”. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 14 de abril de 2009. Em conclusão, podemos afirmar que a proteção assegurada pelo STF neste último julgado é finita e temporal: até que o valor legal do subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal alcance o valor irredutível à época da promulgação da EC nº 41/2003, após o qual, aplicar-se-á o redutor do abate teto, sem possibilidade de nova alegação de direito adquirido.

³⁵ Vide os seguintes julgamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal: 1) Recurso Extraordinário nº 594574 AgR/AM – AMAZONAS (“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. TETO REMUNERATÓRIO: INCIDÊNCIA SOBRE O PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE ANUAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL

SE NEGA PROVIMENTO. Se antes da Emenda Constitucional n. 41/2003 o teto remuneratório incidia sobre o Prêmio de Produtividade, com mais razão deve ser incluído esse prêmio no redutor do teto remuneratório, previsto no inc. XI do art. 37 da Constituição da República, com a alteração da Emenda Constitucional n. 41/2003”); Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 13 de junho de 2009; 2) Recurso Extraordinário nº 466881 ED/MG - MINAS GERAIS (“Ementa:CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDORES PÚBLICOS. TETO DE VENCIMENTOS. VANTAGENS PESSOAIS. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. As vantagens pessoais estão incluídas no teto remuneratório, previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal, após a edição da Emenda Constitucional 41/2003. 3. O decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 24.875/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, não se aplica ao caso dos autos. 4. Agravo regimental improvido”); Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 13 de junho de 2009;3) Recurso Extraordinário nº RE 560067 AgR/SP - SÃO PAULO (“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TETO REMUNERATÓRIO: INCLUSÃO DAS VANTAGENS PESSOAIS NO PERÍODO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, após a Emenda Constitucional n. 41/2003, as vantagens pessoais, de qualquer espécie, devem ser incluídas no redutor do teto remuneratório, previsto no inc. XI do art. 37 da Constituição da República”); Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 13 de junho de 2009; 4) Suspensão de Tutela Antecipada nº 225 AgR/RJ - RIO DE JANEIRO - AG.REG.NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA (“Ementa:AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. OCORRÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA, CONSIDERADA EM TERMOS DE ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. EFEITO MULTIPLICADOR. TETO. SUBTETO. DECRETO MUNICIPAL 23.919/2004. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003. 1. O agravante não logrou infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão. 2. No presente caso, a imediata execução do acórdão impugnado impede, em princípio, a aplicação da regra inserta no art. 37, XI, da Constituição da República, que integra o conjunto normativo estabelecido pela Emenda Constitucional 41/2003. 3. No pedido de suspensão não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. 4. Precedentes do Plenário. 5. Agravo regimental improvido”); Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 13 de junho de 2009.