

EXMO. SR. DR. MINISTRO LUIZ FUX, RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 614384/SE; E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MUNICÍPIO DE SEROPÉDICA, devidamente representado por seu Prefeito, com sede na Rua Maria Lourenço, nº 18, Centro, Seropédica, Rio de Janeiro, vem, por seus advogados abaixo assinados, requerer a sua admissão no processo na qualidade de ***amicus curie***, o que faz nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999 e art. 138, do Código de Processo Civil, para os fins que passa a expor:

SITUAÇÕES IDÊNTICAS

1. O jovem Município de Seropédica foi emancipado do Município de Itaguaí em 1995, através da Lei Estadual nº 2.446/95. Contudo, inconformado com a forma através do qual se deu a consulta popular prevista no art. 18, §4º, da Constituição Federal, o Município de Itaguaí impetrou mandado de segurança perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro alegando que a população do *município mater* deveria ter sido consultada por estar dentre "*as populações diretamente interessadas*" a que se refere o citado dispositivo constitucional.

2. Ainda sem representatividade de Prefeito e Vereadores o referido mandado de segurança correu sem que o Município de Seropédica pudesse exercer defesa própria.

3. Equivocadamente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu por aplicar a redação do art. 18, §4º, da Constituição Federal com as alterações feitas pela Emenda Constitucional nº 15/1996, ignorando o fato de que a emancipação daquele município ocorrera no ano anterior à alteração legislativa.

4. Entretanto, a solução dada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao contrário do que era de se esperar, não declarou a inconstitucionalidade do Município de Seropédica, mas apenas, sem que houvesse qualquer previsão legal nesse sentido, se limitou a decotar uma parte da área que, pela lei de emancipação, pertenceria ao Município de Seropédica, devolvendo-a ao Município de Itaguaí.

5. Assim como nos autos do REXT 458.813, no qual foi suscitada a tese de que a Emenda Constitucional nº 57/2008 teria convalidado integralmente a emancipação do Município de Seropédica, por ser anterior a 31 de dezembro de 2006, o que se discute nos presentes autos é justamente a extensão do art. 96, dos Atos de Disposição Constitucionais Transitórias, incluído pela referida Emenda Constitucional.

6. O que se defende no REXT nº 458.813 é que o art. 96, dos Atos de Disposição Constitucionais Transitórias, aplicação plena não fazendo distinção entre a discussão de constitucionalidade da emancipação de novos municípios ou acerca de ilegalidades menores, tais como equívocos quanto a anexação de determinado povoado ou distrito, que é a hipótese específica destes autos.

7. A semelhança entre os casos postos ao exame desse egrégio Supremo Tribunal Federal é inequívoca na medida em

que a discussão quanto ao alcance da norma estabelecida pela Emenda Constitucional nº 57/2008 e do art. 96, dos Atos de Disposição Constitucionais Transitórias, determinará se os Municípios de Aracaju e Seropédica terão garantidas a sua integridade geográfica, conforme a vontade do Legislador Estadual.

8. Portanto, resta devidamente comprovada a importância dessa demanda para o Município de Seropédica que, agora, pleiteia sua admissão na condição de *amicus curie*.

CABIMENTO DA INTERVENÇÃO

9. Está bem sedimentada, na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a razão de ser de uma intervenção na modalidade ora pretendida. O *amicus curiae* é figura que, pelas suas origens históricas e de direito comparado, pode ser entendido como um especial terceiro interessado que, por iniciativa própria ou por determinação judicial, intervém em processo pendente com vistas a enriquecer o debate judicial sobre as mais diversas questões jurídicas, portando, para o ambiente judiciário, valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado, legitimando e pluralizando as decisões tomadas pelo Poder Judiciário, em especial, como no caso vertente, quando o tema em pauta diz respeito à autonomia territorial do Município.

10. É seguro, neste sentido, o entendimento desta Corte Suprema como faz prova o seguinte trecho da decisão proferida pelo eminente Ministro GILMAR MENDES na ADI 2.548/PR:

“Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de

grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. Em consonância com esse modelo ora proposto, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às 'intervenções de eventuais interessados', assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (...). Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos 'amigos da Corte'. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. (...) Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito."

11. Devidamente pontuado o interesse jurídico da requerente, cabe destacar estarem preenchidos os requisitos impostos pela lei e pela jurisprudência que tem como forma de *legitimar* sua intervenção na qualidade de *amicus curiae*.

12. Assim, não só porque a matéria aqui versada é inegavelmente relevante, mas também porque, como se verá a seguir, a requerente, unidade federativa municipal, possui interesse direto no resultado deste recurso extraordinário, tendo em vista que discute situação rigorosamente idêntica a que se submete à augusta apreciação desse Supremo Tribunal Federal nos autos do REXT nº 458.813, encontram-se presentes os requisitos necessários à sua admissão como *amicus curie* na forma dos art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999 e do art. 138, do Código de Processo Civil.

MATÉRIA RELEVANTE

13. Como anteriormente foi pontuado, a matéria aqui discutida é claramente relevante. Trata-se da discussão acerca da integridade geográfica do Município de Seropédica com gravíssimas repercussões em todos os âmbitos de atuação daquele município.

14. Já tendo o presente recurso extraordinário sido afetado pela regra de repercussão geral o resultado do julgamento que vier a ser proferido nestes autos determinará diretamente a sorte do Município de Seropédica quanto à sua tentativa de manutenção da integridade territorial que hoje se encontra seriamente ameaçada.

15. Pela razão sucintamente indicada, a requerente tem razões de direito para empenhar-se no êxito da pretensão deduzida pelo Município de Aracajú, a fim de assegurar a inteireza da situação jurídica estabelecida pela lei que emancipou o Segundo Distrito de Itaguaí à condição de Município.

16. A assistência ora pleiteada é, a toda vista, admissível porque, como ensina PONTES DE MIRANDA, "(...) *o que é preciso é que a sentença proferida entre as partes atinja ou possa atingir direito, pretensão, ou ação, ou exceção do terceiro.*" (Comentários ao Código de Processo Civil - Arts. 46 a 153, tomo II, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 58).

17. Portanto, ponderadas essas considerações, espera-se o deferimento do pedido de assistência ora formulado.

DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

18. O que se viu ao longo do debate travado nestes autos foi a possibilidade de “constitucionalização” de norma declarada inconstitucional e, ainda, a defesa da supremacia das situações fáticas consolidadas enquanto instrumento de segurança jurídica.

19. O viés que se defenderá nessa intervenção é completamente diferente do que vem sendo debatido nestes autos por entender o Município de Seropédica que a hipótese da Emenda Constitucional nº 57/08 não se presta a outra coisa, senão um saudável debate entre essa Corte Suprema e o Congresso Nacional.

20. Para que se melhor compreenda a tese na qual o Município de Seropédica pretende convencer essa Corte Suprema da absoluta legalidade e extensão da norma inserida pela Emenda Constitucional nº 57/08, pede-se licença para fazer uma brevíssima introdução ao tema acerca da sua origem no *judicial review*.

DO JUDICIAL REVIEW À TESE DA SUPREMACIA JUDICIAL

A história recente do constitucionalismo moderno mundial demonstra que, por um longo período de tempo, na maior parte do mundo, as constituições eram vistas como meras proclamações políticas desprovidas de normatividade, cabendo ao Poder Legislativo legitimamente eleito, a edição de normas jurídicas imperativas que eram imunes à jurisdição

constitucional. Essa visão, hegemônica principalmente na Europa, via a Constituição, com exceção das normas de organização dos poderes, como mera proclamação política despida de força jurídica.

21. Nesse quadro, a regulamentação jurídica da relação entre indivíduo e Estado se desenvolvia essencialmente em um plano infraconstitucional, cabendo às constituições a mera função de definir a estrutura de governo, visto que o aspecto material da Constituição restaria integralmente sujeito à liberdade de configuração do legislador, no que a Supremacia do Parlamento não admitia a possibilidade de um controle externo do legislador soberano, reduzindo a função judicial à condição de mero aplicador da lei, incompatível com o modelo do *judicial review*.

22. Tal concepção essencialmente eurocêntrica, contudo, vem a sofrer uma mudança radical a partir do século XIX, com a introdução pelos Estados Unidos da América da ideia que as decisões emanadas do Poder legislativo, dotadas de legitimidade democrática, podem ser submetidas à jurisdição constitucional, iniciado com o julgamento de *Marbury v. Madison* em 1803 pela Suprema Corte norte-americana.

23. Em *Marbury vs. Madison*, John Marshall que era na ocasião o *Chief of Justice*, manejou o inovador raciocínio de que no conflito entre a aplicação de uma lei e a Constituição, a regra constitucional deverá prevalecer, por ser hierarquicamente superior, e neste sentido, Marshall origina o debate moderno sobre o papel do judiciário federal no constitucionalismo norte-americano, que posteriormente se desenvolve com o aumento lento e gradual da jurisdição constitucional no final do século XIX e início do século XX, especialmente com a ratificação das emendas da Guerra Civil

(em especial a Décima Quarta Emenda), o *Jurisdiction and Removal Act* de 1875 e o *Judiciary Acts* de 1891 e 1925, que aumentam a atuação da Suprema Corte sobre casos constitucionais.

24. O que se observa, portanto, é que a instituição moderna de *judicial review*, que se estabelece no início do século XIX e se alarga no final do século XIX e início do século XX, não era uma preocupação existente na *founding generation* do final do século XVIII, na medida em que os países fundadores estavam mais atentos ao estabelecimento da independência judicial e ao esquema de separação de poderes — com poderes compartilhados e freios e contrapesos — e não com a ideia de revisão constitucional, como se observa, por exemplo, do famoso ensaio de ALEXANDER HAMILTON sobre o poder judicial em “O Federalista nº 78” em que se está claramente discutindo a independência judicial, não o *judicial review* no sentido moderno.

25. Assim, na verdade, pode-se estatuir que o *judicial review* contemporâneo nos Estados Unidos da América, aponta mais como uma criação do Estado moderno, do que uma ideia aceita do final do século XVIII, ou dito de outra forma, a versão moderna do *judicial review*, não deve ser vista como uma concepção socialmente assente na *founding generation*, mas sim como uma instituição complexa, que inclui importantes concessões que se fizeram depois da Guerra Civil e de uma série de entendimentos construídos ao longo dos séculos XIX e XX entre os Poderes.

26. De toda sorte, ao longo do século XX, passa também a Suprema Corte norte-americana, a iniciar o debate moderno sobre a questão da Supremacia do Poder Judiciário como se observa em *Cooper vs. Aaron*, de 1958, e em *City of Borne vs.*

Flores, de 1997, ao se afirmar que o Judiciário Federal é supremo na exposição da Constituição.

27. Também neste mesmo período, se firmam inúmeros precedentes extremamente relevantes para o futuro desenvolvimento do *judicial review*, como a questão do papel do tribunal no sistema político, como se observa na crise do *Court-Packing* de 1937 e a discussão do papel legítimo que o tribunal poderia desempenhar para defender o *Bill of Rights* contra incursões majoritárias, como se observa do raciocínio traçado pela famosa nota de rodapé quatro do acórdão que *United States vs. Carolene Products Co.*, de 1938, através da qual o tribunal declarou que se deve fazer cumprir rigorosamente a Constituição, quando a legislação em causa (i) violar um direito específico identificado no texto da Constituição; (ii) excluir os cidadãos do processo político; ou (iii) for resultado de preconceito contra minorias.

28. Portanto, a partir do estabelecimento da premissa de controle de constitucionalidade das leis e atos emanados pelos outros Poderes, a Suprema Corte norte-americana construiu, principalmente ao longo do final do século XIX e da primeira quadra do século XX, a autoridade para ditar o sentido último da Constituição.

29. Contudo, apesar do desenvolvimento proeminente da Jurisdição Constitucional em solo norte-americano, a mesma tendência não foi seguida no restante do mundo, em especial na Europa, onde o caminho percorrido pela Jurisdição Constitucional tomaria rumo diverso, podendo-se afirmar que até início do século XX o positivismo formalista afastava qualquer viabilidade de controle judicial dos atos do Poder Legislativo, uma vez que todo o Direito estaria compreendido no sistema composto pelas normas ditadas pelo Poder

Legislativo e o papel do intérprete judicial se resumiria a fazer com que a vontade legislativa incidisse nos casos concretos, sendo o Poder Judiciário mero aplicador autômato de comandos ditados pelo Legislativo.

30. Essa concepção, contudo, entra em crise no começo do século XX, justamente quando a ideia da jurisdição constitucional se desenvolve na Europa com o término da Segunda Guerra Mundial, e, se aprofunda no fim do século XX e início de século XXI, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficariam imunizados contra a ação danosa do processo político majoritário e sua proteção passava a caber ao Poder Judiciário.

31. Da mesma forma, em um período mais recente, principalmente na segunda quadra do Século XX e no início do Século XXI, a participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes constituídos, inaugura na Europa a ideia da Supremacia do Judiciário. Ademais, com a virada "*kantiana*" e o retorno da ética normativa, a interpretação jurídica se aproxima da argumentação moral, na tentativa de promover uma ordem justa e democrática, focada no desenvolvimento de modelos de interpretação que busquem retomar certos paradigmas filosóficos que haviam sido afastados pelo positivismo jurídico. Percebe-se então, desta forma, uma forte tendência de se positivar constitucionalmente direitos fundamentais e de se criar Cortes Constitucionais com a função principal de monitorar violações a direitos fundamentais, com a aplicação do texto constitucional em todas as suas potencialidades e a ascensão do Judiciário ao

papel de protagonista diante dos demais Poderes constituídos.

32. No caso brasileiro, o *judicial review* é inserido formalmente no final do século XIX — em grande parte devido às ideias de RUY BARBOSA, influenciado pelo modelo incidental de controle de constitucionalidade de matriz norte-americano — pela Constituição de 1891 e se desenvolve ao longo das demais cartas constitucionais, especialmente com a Constituição de 1988, onde a jurisdição constitucional se amplia e se torna a mais democrática.

33. Na verdade, no Brasil, embora desde 1824 as Constituições tenham elevado o Poder Judiciário como um poder autônomo, e, tenha havido alguns avanços na jurisdição constitucional desde a Carta de 1891, não se pode falar efetivamente em supremacia judicial até a Constituição Federal de 1988, visto que ao longo do final do século XIX e boa parte do século XX, cabia ao Poder Legislativo e não pelo Judiciário o papel de concretizar a Constituição.

34. Ou seja, pode-se afirmar que, apenas com o texto constitucional de 1988, marcado pela prodigalidade de direitos e com a ampliação da jurisdição constitucional, se observa uma expansão dos papéis do Poder Judiciário, associada a uma forte redefinição institucional, norteadas pelos ideais de concentração e vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal, com a ocupação de vazios constitucionais anteriormente conferidos ao Poder Legislativo.

35. Portanto, de uma maneira geral, podemos falar, após a segunda quadra do século XX, em uma expansão global do *judicial review*, ou seja, embora o controle de

constitucionalidade tenha sido por muito tempo uma peculiaridade do regime político norte-americano, pode-se enfim dizer que esse mecanismo se ampliou e universalizou, com a maior parte dos sistemas constitucionais contemporâneos prevendo a positivação formal de algum instrumento de jurisdição constitucional.

36. Da mesma forma, neste mesmo período, observa-se um crescente processo de judicialização da política e das relações sociais, corolário da expansão e do fortalecimento do Poder Judiciário em diversos países, pautadas em técnicas de controle de constitucionalidade inspiradas no modelo americano.

37. Portanto, com o processo de judicialização da política, consistente na disseminação dos métodos judiciais para arenas políticas, assim como com a busca crescente pela concretização de direitos e garantias asseguradas no texto Constitucional, as questões sociais passam a ser absorvidas pelo Direito e então tendem a se resolver através da aplicação de procedimentos inspirados na forma judicial, especialmente com a evolução do papel das cortes na definição de políticas públicas e no controle das deliberações técnicas pelo Poder Judiciário.

38. Simultaneamente, este processo de avanço da jurisdição constitucional em escala global, carrega a percepção de que a função do Poder Judiciário é o último intérprete da constituição, se sobrepondo aos demais Poderes e com respostas para todos os problemas jurídicos e políticos.

39. Além disto, a permanente desconfiança e o questionamento da legitimidade em relação aos Poderes

Legislativo e Executivo acarretam o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário, que passaria a ter a última palavra sobre questões constitucionais.

40. A crítica que moveu a evolução dessa teoria está no fato de que na jurisdição constitucional, a decisão sobre questões morais e políticas complexas, nas quais existem divergências profundas na sociedade sobre o conteúdo dos direitos e a forma de interpretá-los, restaria reservada ao Poder Judiciário e não ao Poder Legislativo que, por essência, é constituído pelos efetivos representantes populares eleitos democraticamente.

41. Não se pode negar que o isolamento relativo de juízes da influência política tende à imparcialidade, especialmente dentro de processos desenvolvidos para fornecer todas as garantias possíveis, ou seja, é verdade que um dos papéis institucionais mais importantes de uma Constituição é proteger os direitos das minorias diante dos abusos das majorias, visto que o insulamento da Corte lhe confere uma importante vantagem institucional comparativa em face do Poder Legislativo e do Poder Executivo para desempenhar essa relevante função contramajoritária.

42. No entanto, a experiência internacional mostrou que em algumas situações a atuação do Judiciário se deu contra os direitos das minorias que vinham sendo promovidos na arena política, de sorte que, nessas ocasiões criticou-se que os tribunais muitas vezes tomaram decisões restritivas sobre direitos fundamentais, como se observa, exemplificativamente em *Dred Scott vs. Sanford* (1857), *Lochner vs. New York* (1905), *Hammer vs. Dagenhart* (1918),

Bailey vs. Drexel Furniture Co. (1922), Hirabayashi vs. United States (1943) e Korematsu vs. United States (1944).

43. Logo, pode-se afirmar que, em sociedades complexas e em condições de pluralismo, o potencial de capacidade deliberativa, sem interferência de tecnicidades jurídicas que tendem a empobrecer o debate do direito frente à política e à moral, está mais próximo dos processos deliberativos que ocorrem na sociedade e em vários outros fatores institucionais relacionados.

44. Ou seja, em uma sociedade pluralista, marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, a legitimidade das decisões judiciais depende de que o procedimento democrático de decisão coletiva seja compatível com as diferentes concepções de justiça existentes em uma sociedade, e assim, as decisões judiciais, consigam envolver a devida reflexão das concepções que possam ser compartilhadas com base em um acordo racional, bem-informado e voluntário na projeção conceitual de um sistema que permita que as decisões judiciais sejam desenvolvidas de forma coerente com outras instituições e Poderes Constituídos, a partir de uma visão de previsibilidade e equidade.

45. Ademais, nas sociedades contemporâneas, marcadas pela diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais, pessoas com cosmovisões bastante heterogêneas convivem em um mesmo universo social. Logo, no contexto de uma sociedade bem ordenada, marcada pelo desacordo razoável e pelo pluralismo, o Estado não se deve posicionar favoravelmente a qualquer cosmovisão específica, mas sim deve ser limitado a garantir certos direitos e condições que permitam a todos os cidadãos perseguir seus próprios planos de vida, visto que seria arbitrário impor certas concepções

específicas de direitos a outros cidadãos, a menos que seja empregado um procedimento que goza de legitimidade e possa ser aceito por aqueles afetados pela decisão.

46. Além do que, pode-se afirmar que não há uma concordância sobre a forma pela qual as instituições básicas de uma democracia constitucional devem ser organizadas para satisfazer os termos equitativos de cooperação entre cidadãos considerados livres e iguais entre si, existindo assim uma profunda discordância sobre a melhor maneira de se efetivar os valores da liberdade e igualdade na estrutura básica da sociedade.

47. Assim, para se que possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto, que abarque doutrinas religiosas, filosóficas, morais razoáveis e racionais, cada cidadão deve estar disposto a explicar os princípios e políticas que defende, bem como ter a disposição de ouvir os argumentos contrários.

48. Os cidadãos devem então conduzir suas discussões baseados em valores que se pode razoavelmente esperar que os outros subscrevam e aquilo que aceitamos com base na razão e na reflexão bem informada e livremente aceita. Desta forma, o exercício desta dinâmica é justificável quando exercido de acordo com valores essenciais cujos elementos se pode esperar que razoavelmente todo cidadão possa aderir, a partir de uma razão compartilhada da concepção de justiça dentro de consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis e racionais.

49. Surgem então a mais importante crítica à supremacia judicial: não é papel do Poder Judiciário a adoção de teses jurídicas que debatem complexas teorias que se

embasam em princípios de alta densidade moral, em detrimento de regras jurídicas preexistentes, como se a Constituição conferisse ao Poder Judiciário o domínio exclusivo da interpretação constitucional, inafianço aos demais Poderes. (JEREMY WALDRON, O Judicial Review e as Condições da Democracia (Trad. Julia Sichieri Moura), In: Limites do controle de constitucionalidade – Org. ANTÔNIO CARLOS ALPINO BIGONHA e LUIZ MOREIRA, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 210)

50. Na verdade, muito se critica o risco de o Poder Judiciário, a pretexto de interpretar a Constituição, atuar como substituto do poder constituinte, cujas decisões são incontestáveis, visto que não há nenhuma garantia, a priori, de que a interpretação do Judiciário será mais benéfica do que a levada a cabo pelo legislador.

51. Além disto, esta concepção tende a obscurecer o papel desempenhado pelas outras instâncias na definição do sentido da Constituição, uma vez que a visão convencional sobre interpretação constitucional, de que cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre o que é a Constituição, não é salutar na medida em que a atividade interpretativa se processa, em grande parte, por meio de um diálogo permanente entre os Poderes e instituições.

52. Desta forma, pode-se estatuir que, o modelo de jurisdição constitucional de matriz norte-americana, e, posteriormente disseminado ao redor do globo, termina, ao cabo, por não acomodar situações de desacordo razoável, ocorridas em sociedades complexas e em situações de pluralismo, o que obscurece a amplitude do debate democrático.

53. Portanto, para melhor conformação de cosmovisões distintas em uma sociedade democrática, as instituições precisam estabelecer uma dinâmica segura, na adoção de visões devidamente compartilhadas, diretamente relacionada à ideia de constitucionalidade e de razão pública, como uma cultura constitucional, e, desenvolvida como uma instrumentalização racional de comunicação e interação entre pessoas livres e iguais, a partir de um ponto de vista equitativo. (BRUCE ACKERMAN, *New Separation of Powers*, Harvard Law Review, Vol. 133, 2000, p. 29 – Tradução Livre)

54. É, por conseguinte, necessário a conciliação entre os valores constitucionais e a razão pública, na realidade prática da estruturação e da atuação institucional, em uma comunidade na qual haja cooperação jurídico-política, e, as instituições tornem-se concomitantemente responsáveis pela concretização democrática da Constituição na sociedade.

O DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE INTEGRAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES

55. Inicia-se no final do século passado uma mudança no pensamento constitucional, liderado, sobretudo, por teóricos norte-americanos e canadenses, sustentando um novo modelo de proteção de direitos constitucionais em relação ao modelo do *judicial review*, com a discussão do redimensionamento do papel do Poder Judiciário e da legitimidade das instituições democráticas revisarem deliberações através da promoção de interpretações do texto constitucional. Esta modificação conceitual reconhece algumas ideias fundamentais, em especial a de que há um novo paradigma regendo o constitucionalismo contemporâneo, em que a questão deixa de ser quem deve interpretar ou que Poder deve fazê-lo, e passa a indicar a necessidade de se buscar

uma teoria construída a partir de uma proposta cooperativa pela qual as instituições possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar as ordens jurídica e política da realidade democrática.

56. Na verdade, o debate sobre as Teorias Institucionais, pautado na ideia de que no âmbito das atividades institucionais as controvérsias devem ser resolvidas por meio de uma atividade dialógica, acaba por problematizar o tradicional comportamento isolacionista das instituições, dentro do parâmetro central de cooperação em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade. Ou seja, a partir da preocupação doutrinária iniciada principalmente na última década, passa-se a dedicar ao tema das instituições no plano jurídico-político, e, da necessidade de releitura do papel das instituições na atuação constitucional. Neste sentido, diante desta leitura, deve-se aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo, a partir das relações entre instituições, em uma comunidade dialógica e convergente.

57. Sob esse prisma, autores como CASS R. SUNSTEIN, ADRIAN VERMEULE e JEREMY WALDRON destacam a possibilidade de uma rede de reciprocidade, arquitetada a partir de um procedimento democrático de decisão coletiva compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade pluralista e ROSALIND DIXON comunga deste entendimento quando sugere a transformação do discurso dos direitos constitucionais de um monólogo judicial em um rico e mais equilibrado diálogo interinstitucional, que reduz, se não elimina, a tensão entre a proteção judicial dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática.

58. Logo, a integração estável das instituições no plano cooperativo, deve ser o resultado da atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais, e desta forma, o contínuo diálogo permite a participação das instituições na determinação do equilíbrio apropriado em que a proteção de direitos deve envolver a atuação conjunta de todas as instituições, a partir da percepção de que todas são responsáveis por uma dimensão da tarefa de guarda da Constituição, sobretudo no contexto de sociedades marcadas por desacordos persistentes a respeito das mais variadas questões.

59. Ou seja, o debate sobre diálogos institucionais, na promoção do conteúdo dos direitos, questiona a possibilidade de predomínio de qualquer dos Poderes constituídos, bem como a tradicional teoria da separação dos poderes como parâmetros únicos à formulação de um Estado Democrático.

60. Neste sentido, as instituições devem atuar dialogicamente, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da coletividade, resultados de uma prática discursiva racional e verificando o respeito empenhado aos fundamentos constitucionais e da razão pública. Desta forma, é certo que a atuação das instituições é guiada pelos valores constitucionais conforme os fundamentos da ordem democrática, e que, portanto, esta dinâmica de condutas institucionais se fundamenta na necessidade de se firmar tanto um equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo, quanto de se ressaltar a importância das instituições frente ao Estado.

61. Logo, ao se romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes como suficiente para a

organização institucional, passa-se a um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública, e, neste sentido, pode-se entender que a partir desta visão, pautada nos meios juridicamente legítimos de coadjuvação das instituições, orientados a partir do diálogo institucional que coloque em xeque a supremacia de algum dos Poderes, em particular do Poder Judiciário, com base em mecanismos de cooperação institucional em um diálogo dinâmico e deliberativo, a ideia de que a interpretação constitucional passa a ser legitimamente exercida tendo em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os Poderes Constituídos.

62. Ou seja, na verdade, a interpretação constitucional não se encerra com a tomada de decisão pelo Poder Judiciário, visto que não só o Poder Legislativo, como a sociedade e as demais instituições, podem interpretar de forma distinta a questão controvertida, apesar de seguirem a decisão definitiva tomada pelo Poder Judiciário, e, da mesma forma, um padrão democrático puramente estabelecido em uma ditadura das maiorias, termina por reproduzir danosamente uma noção de *legislature supremacy* na conformação constitucional.

63. Desta forma, entende-se que a dinâmica atual da sociedade contemporânea, necessita de uma melhor estruturação do funcionamento institucional e da relação entre os Poderes, visto que são as instituições que concretizam a legitimidade estatal, ou seja, o diálogo aprofundado, fundado em um espírito de respeito e tolerância à razão pública, deve ser um fator inerente à atuação das instituições, a partir da conciliação entre os valores constitucionais e os da razão pública, afastando uma visão idealizada e romântica, segundo a qual o intérprete teria

todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos.

64. Como resultado, a legitimidade das decisões judiciais depende de pluralismo e consensualismo, arquitetados a partir de uma cadeia de reconhecimento pelos demais Poderes Constituídos e instituições, na certeza de que o comprometimento de cada componente é a pedra de torque para criação de um diálogo plural que permita a transformação da sociedade.

65. Logo, é fundamental a construção de um ambiente institucional pautado na cooperação, na deliberação e no diálogo, com uniformidade de interpretação, decisão e atuação das instituições. Cabe à Teoria das Instituições, por conseguinte, propor formas de realizar a atividade institucional sob o ponto de vista jurídico-político, e nesse quesito respeitar os fundamentos constitucionais e os valores da razão pública.

66. Assim, é cada vez mais necessário entender o Estado Democrático de Direito por uma perspectiva institucional, visto que um Estado organizado significa um Estado institucionalizado, em que as prerrogativas e deveres institucionais sejam determinados democraticamente, partindo-se dos mesmos fundamentos constitucionais e de razão pública, e, mais concretamente, que o exercício dessas atividades passe por um procedimento que possa ser concebido como legítimo pela sociedade.

67. Consequentemente, a proposta da Teoria Institucional, representa uma forma eficaz de reduzir o déficit de legitimidade das instituições, conferindo a segurança e a estabilidade necessárias a um Estado

Democrático de Direito, em que a função de revisão constitucional é de legítima responsabilidade também de outras instituições que, na dimensão democrático-constitucional, estariam aptas a realizar a interpretação constitucional.

TEORIAS DIALÓGICAS E A CONSTRUÇÃO DO *JUDICIAL REVIEW*

Experiência Alemã

68. O primeiro exemplo de resposta legislativa a decisão judicial ocorreu na Alemanha, ocasião em que o direito fundamental de liberdade religiosa restou colocado sob enfoque. Confira-se, novo trecho retirado do livro do professor RODRIGO BRANDÃO:

“Cite-se, por exemplo, o caso do uso de crucifixos em escolas públicas na Bavária. Após a Corte Constitucional alemã considerar contrária à liberdade de religião a fixação de crucifixos nas salas de aula em escolas públicas, irrompeu-se séria crise constitucional na Bavária sob a forma de protestos de líderes religiosos e de políticos no sentido de que a decisão judicial menoscabara a herança cristã alemã, levando Helmut Kohl, chanceler à época, a afirmar que a decisão lhe parecia incompreensível. A intensa mobilização de grupos religiosos obteve 700 mil assinaturas contra a decisão judicial, pressionando o Parlamento a aprovar lei que afirmava que o uso de crucifixos inserir-se-ia nas tradições culturais e históricas da Bavaria, e que tal ato simboliza o desejo de realizar os mais elevados objetivos educacionais. Além disso, a norma previu que se os pais questionassem a colocação do crucifixo por razões razoáveis de fé ou seculares, o diretor da escola deveria buscar uma solução de compromisso. Entretanto, conforme reconhecido por um juiz da Corte Constitucional, fato é que hoje há mais crucifixos em escolas na Bavária do que havia antes da decisão.” (..... p. 237)

69. Nesse sentido, poderia se considerar o exemplo acima, como caso de preponderância de uma decisão legislativa, porém eivada de legitimidade democrática, não sob a concepção clássica de representação direta do povo, porém, se considerarmos que o Poder Legislativo entrou em cena, com o fito de atender um pleito popular, provocado por uma decisão judicial que não agradou, estaríamos considerando a presença de um diálogo institucional de sobreposição, onde após uma decisão judicial empiricamente equivocada, o Poder Legislativo observando a realidade concreta editou uma norma, que afirmava que o uso de crucifixos inserir-se-ia nas tradições culturais e históricas do povo alemão da mencionada região da Bavaria.

Estados Unidos da América

70. Ao se analisar a questão das respostas legislativas no caso americano, deve ser levado em consideração alguns aspectos fáticos, que diferenciam a lógica norte-americana de respostas legislativas, tendo em vista, essencialmente, que não existem instrumentos legais ou normativos, aptos especificamente, a direcionar uma postura proativa de respostas legislativas à preceitos judiciais. Confira-se nesse sentido:

“Já nos Estados Unidos a dinâmica das respostas legislativas a decisões da Suprema Corte é significativamente diferente, não apenas pela inexistência de instrumentos positivados especificamente para tal fim (como a override clause), mas, sobretudo, pela enorme dificuldade do processo de reforma e pelo sistema político norteamericano se caracterizar pelo profundo fracionamento do poder político (p.ex., presidencialismo, federalismo, legislativo bicameral, controle difuso de constitucionalidade etc.)” (Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais, p. 245)

71. Assim, ao se comparar a questão de emendas constitucionais brasileiras, com as alterações na constituição norte-americana, verifica-se uma absurda discrepância de reforma de preceitos, ainda mais quando se leva em consideração a idade da Constituição Brasileira, que foi promulgada em 1988, porém, em pouco mais de 20 anos, já sofreu inúmeras intervenções. Cabe citar, o professor RODRIGO BRANDÃO:

“Não é de causar espécie, portanto, que as respostas legislativas veiculadas por emendas constitucionais sejam extremamente raras. Com efeito, somente em quatro oportunidades o Congresso norte-americano alterou formalmente a Constituição com vistas a superar decisão constitucional da Suprema Corte. A décima primeira emenda superou o precedente *Chisholm v. Georgia* (1793) para afirmar a competência dos tribunais federais para julgar demandas contra os Estados membros, o que havia sido negado pela Suprema Corte. A décima terceira emenda superou o infeliz entendimento fixado no caso *Dred Scott v. Sandford*, no qual a Suprema Corte negou cidadania norte-americana, e, conseqüentemente, as garantias constitucionais, aos negros, para extinguir textualmente a escravidão após a vitória dos Estados do Norte na Guerra Civil.” (Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais, p. 245)

72. Outro caso de superação legislativa de decisões judiciais pode ser evidenciado pela décima sexta emenda, que foi aprovada com o objetivo de superar uma declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte. Confira-se:

“A décima sexta emenda foi aprovada para superar o precedente fixado em *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.* (1895), no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei que tributava uniformemente o imposto de renda, sob o argumento de que se tratava de imposto indireto, que deveria seguir a regra da proporcionalidade.” (Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais, p. 245/246)

73. E nesse sentido, se infere que os interesses em se superar uma decisão judicial, em alguns casos podem ser considerados essencialmente políticos. No caso da vigésima sexta emenda constitucional norte-americana, o objetivo primordial era aumentar o número de eleitorado, tendo em vista a possibilidade de se angariar mais votos de uma camada populacional até então inesperada, no caso, uma lei federal que obrigava os Estados a reduzir a idade dos eleitores:

“Por fim, a vigésima sexta emenda superou a decisão da Suprema Corte no caso Oregon v. Mitchell, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei federal que obrigava os Estados a reduzir a idade mínima para o voto para dezoito anos, por considerá-la aplicável apenas às eleições federais.” (Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais, p. 246)

74. Outro caso norte americano a ser trazido ao presente trabalho possui, de certa forma, o mesmo incidente catalizador do caso alemão acima mencionado. Trata-se também de uma decisão judicial que foi superada por uma decisão legislativa, porém com algumas peculiaridades significativas que reverberam uma mudança de comportamento do Poder Legislativo. Confira-se novo trecho do livro do professor RODRIGO BRANDÃO:

“Outro caso importante de negativa de implementação da decisão judicial se deu nos Estados Unidos. No caso INS v. Chada a Suprema Corte declarou inconstitucional a prática do veto legislativo, na qual o Congresso delegava poderes normativos às agências reguladoras, cujos atos tinham a sua eficácia suspensa por um lapso de tempo determinado, dentro do qual o Parlamento poderia rejeitá-los sem a intervenção do Presidente da República através da sanção ou do veto. Considerou a Corte que qualquer norma que implicasse criação de direitos e obrigações deveria observar integralmente o processo legislativo, com a deliberação das duas Casas Legislativas e com a participação necessária do

Chefe do Poder Executivo." (Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais, p. 247)

75. A peculiaridade do presente caso resta evidenciada, pois nota-se uma diferente postura do legislativo. Não se pode falar em simples diálogo institucional de sobreposição como mencionado acima, tendo em vista que não se trata simplesmente de se afirmar ou não um direito, tendo em vista que a forma de exercício do mesmo também é trabalhada. Tal fato se evidencia com a leitura do trecho abaixo assinalado:

"Entretanto, a dificuldade na implementação da decisão decorria do fato de o "veto legislativo" ser conveniente tanto às agências reguladoras quanto ao Parlamento: às agências garantia razoável espectro para a sua atuação discricionária em matérias cuja regulação exigia expertise e celeridade; ao Legislativo preservava o controle sobre os respectivos atos administrativos. Diante deste cenário, foram concebidos métodos inventivos para manter uma sistemática de controle parlamentar dos atos da agência que não se submetesse aos rigores do processo legislativo ordinário, mantendo-se a dinâmica institucional que pareceu à Suprema Corte inconstitucional." (ROSALIND DIXON, Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weakform judicial review revisited. International Journal of Constitutional Law, 2007)

76. Verifica-se que os mencionados métodos inventivos foram criados a partir dos argumentos de uma decisão judicial, com o intuito de manter uma sistemática de controle parlamentar dos atos das agências, porém se mantém a dinâmica institucional anterior, com uma nova roupagem, com o objetivo de não desconsiderar totalmente os argumentos que levaram a Suprema Corte a declarar a inconstitucionalidade em primeiro lugar.

CANADÁ

77. A experiência canadense possui extremo impacto histórico e empírico, quando se analisa as teorias dialógicas, e ainda mais, a resposta parlamentar as decisões judiciais. Desse modo, cabe ressaltar a análise realizada pelo professor Rodrigo Brandão:

“Um instrumento de superação de decisão constitucional pelo Parlamento que sempre vem à baila quando se discute os diálogos constitucionais é a override clause (também chamada de notwithstanding clause). Tal dispositivo, previsto na Seção 33 da Canadian charter of rights and freedoms de 1982, permite que as legislaturas nacional e provincianas do Canadá deliberem, por maioria ordinária e pelo prazo renovável de cinco anos, pela prevalência das suas leis sobre os direitos da liberdade e da igualdade arrolados nas seções 2, 7 e 15 do Charter.” (Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais, p. 242)

78. Inclusive, deve-se traçar um paralelo ao caso canadense, e se evidenciar que em alguns casos, o Poder Judiciário poderia ser visualizado através de uma perspectiva fragilizada, tendo em vista que diversas decisões dependem, para serem efetivamente implementadas, de atos externos ao Poder Judiciário como, por exemplo, a edição de normas legislativas. Na visão de alguns autores, apesar de supostamente, a aludida dependência ser interessante em termos de fomento de diálogos institucionais, as teorias empíricas defensoras dessa tese, desconsideram os verdadeiros malefícios da não implementação de uma decisão judicial ao Estado de Direito.

79. No caso canadense, após certo tempo, passou a perceber os mencionados malefícios, e a override clause, passou a ter uma importância muito mais histórica do que prática. Confirma-se a mencionada constatação:

“Todavia, a má redação da override clause e o seu péssimo uso tornam-na uma piscina suja, ou seja,

um dispositivo constitucional que caiu em desuso, diante do altíssimo custo político do seu emprego.” (MARK TUSHNET, *Weak courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 57.)

80. Um exemplo bastante interessante de resposta legislativa posterior à decisão judicial ocorreu no próprio Canadá. Assim, se evidenciou que após uma ponderação de visões institucionais, o resultado final do exemplo abaixo transcrito revelou uma posição intermediária e não a supressão da visão do Parlamento ou do Judiciário, se fugindo, portanto da lógica adversarial. Nesse sentido:

“Bons exemplos de ambas as hipóteses ocorreram na seara dos crimes sexuais. Em 1990 a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei que previa até prisões perpétuas para homens que tivessem praticado conjunções carnavais consensuais com meninas menores de 14 anos, ainda que eles acreditassem que elas fossem mais velhas. A maioria da Corte considerou que a lei poderia punir acusados que fossem “mentalmente inocentes”, não se justificando como um limite razoável aos direitos do acusado que se legitimaria como instrumento apto a combater a pedofilia. O Parlamento, porém, editou norma que protegia mais intensamente as crianças, além de ser mais atenta aos direitos do acusado. O novo tipo criminal protegia tanto meninos quanto meninas menores de 14 anos de qualquer forma de abuso sexual (e não apenas as meninas de conjunções carnavais). Além disso, a lei permitiu depoimentos gravados para facilitar a colheita de prova junto à vítima, e, apesar de não perfilar o elemento subjetivo exigido pela Corte (consciência do acusado da idade da vítima), admitiu que o fato de o acusado ter tomado todas as precauções razoáveis para saber a idade real da vítima excluiria a ilicitude da sua conduta.” (Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais, p. 243)

81. No exemplo acima, o Poder Judiciário se revelou mais apto a concretizar o ideal de vontade contra-majoritária e proteger o interesse de uma minoria censurável, a exemplo dos pedófilos e o Parlamento, cumpriu seu papel de proteção

à segurança sexual da criança e se adequando, portanto a visão majoritária da população. Agora, o que se infere é que independentemente de qual Poder funcionou melhor no caso acima descrito, interessante é de fato, a estrutura da construção dialógica da referida decisão. Não se verifica no citado caso, como ocorre em muitos casos no Brasil, uma regulação originária perpetrada pelo crivo jurídico, tendo em vista que se parte de uma postura ativa do Parlamento, para enfim uma postura de contenção do Poder judiciário. A corte canadense apesar de, por um lado, restringir o entendimento do parlamento, de certa forma produz um conteúdo derivado e não originário, ou seja, um conteúdo que revela tendências de ambos os poderes. Podemos considerar a ocorrência, no aludido caso, de um ponto intermediário, como muito bem ressaltado pelo professor Rodrigo Brandão.

82. Lógica conflituosa, que não pode ser considerada uma conversa legislativa e sim a imposição de uma lei pela garganta do judiciário para reverter sua jurisprudência. Por outro lado, cabe analisar um caso canadense, no que tange a crimes sexuais, trazido a discussão, na precisa lição de RODRIGO BRANDÃO:

“Cite-se, por exemplo, os casos O’Connor e Mills. No primeiro, o Bispo Hubert O’Connor era acusado de estuprar quatro estudantes aborígenes em uma escola dirigida por ele. Em sua defesa, O’Connor solicitou o acesso a registros dos tratamentos médico e psicológico das vítimas. A Suprema Corte atribuiu aos juízes competentes o dever de sopesar os direitos à ampla defesa do acusado e à privacidade da vítima, para definir se tais informações deveriam, ou não, ser disponibilizadas aos acusados.” (Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais, p. 244)

83. Percebe-se com facilidade, que o caso concreto mencionado acima, trata da ponderação de direitos

fundamentais, o que se percebe com a fundamentação dos magistrados envolvidos no julgamento:

“Todavia, exígua maioria (cinco juízes) afirmou que não se poderia exigir do acusado a comprovação da relevância dos dados antes de ele tomar conhecimento do seu teor, de maneira que a sua não disponibilização à defesa poderia causar a condenação de inocentes. Desta forma, todas as informações disponíveis para a acusação deveriam ser repassadas à defesa, e os dados sob a guarda de terceiros (médicos, psicólogos etc.) também deveriam lhe ser repassados desde que o juiz do caso considerasse que eles poderiam ter alguma utilidade para a defesa. Já a minoria (quatro juízes) se mostrou cética quanto à utilidade dessas informações para a defesa, e, por outro lado, revelou preocupação quanto à abertura do seu sigilo desestimular denúncias de crimes sexuais e perpetuar a vulnerabilidade das mulheres a violências sexuais. Portanto, enquanto a maioria priorizou o direito do acusado à ampla defesa, a minoria deu preeminência ao direito da vítima à privacidade e ao interesse social em punir eficazmente os crimes sexuais.” (Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais, p. 244)

84. O caso analisado representa um verdadeiro exemplo de diálogo institucional tendo em vista que não há como se falar em preponderância de da visão de um dos Poderes envolvidos, como se verá através da citação abaixo:

“Dois anos após a decisão, o Parlamento reagiu mediante a aprovação de lei destinada a fazer prevalecer a solução acolhida pela minoria da Suprema Corte, precisamente para tornar mais difícil a utilização em juízo das informações em apreço, e, assim, estimular comunicações de crimes sexuais pelas vítimas. Mais do que isso, a lei usava as mesmas palavras do voto minoritário da juíza L’Hereau Dubeau, superando, ponto a ponto, a solução acolhida pela maioria da Corte. Portanto, o Parlamento não buscou uma solução intermediária que incorporasse a visão da Corte, antes reputou inaceitável e simplesmente a reverteu.” (Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais, p. 244/245)

85. Apesar de ser possível se considerar, como afirma RODRIGO BRANDÃO no trecho acima, que o Parlamento não buscou uma solução intermediária que incorporasse a visão da corte, mas ao invés, simplesmente reverteu a mencionada decisão, ousou discordar, tendo em vista que o Parlamento nada mais fez, do que se alinhar a visão minoritária da Corte, porém de forma legítima e direta, como posicionamento da Corte. Nesse sentido, verifica-se que o parlamento, se apropriou de um posicionamento que lhe pareceu mais legítimo democraticamente, com o objetivo de atender de forma imediata os interesses da população, porém não o fez sem fundamentação, sem tecnicidade. Percebe-se com clareza, que o Parlamento no presente caso, simplesmente se utilizou de pareceres jurídicos de quatro dos maiores juristas de seu país, no caso a parcela minoritária da Suprema Corte. Ao ver do presente trabalho, uma política e técnica ao mesmo tempo, fundamental para se garantir a legitimidade democrática e a eficácia dos Direitos Fundamentais. Tal entendimento foi esposado em decisão posterior que considerou que a lei que superara frontalmente o precedente da Suprema Corte, deveria ser considerada Constitucional. Assim:

“A lei que superara frontalmente o seu precedente foi julgada constitucional pela Suprema Corte em Mills, que baseou a sua decisão na doutrina dos diálogos constitucionais. Com efeito, a Corte afirmou que a interpretação obtida em O'Connor representava judicially created common law, de forma que não consistia na única interpretação possível, antes o Parlamento poderia propor, como de fato propôs, solução distinta. Neste sentido, a Suprema Corte afirmou que não tem um monopólio na proteção e promoção de direitos e liberdades; o Parlamento também desempenha um papel importante nesse particular e frequentemente é um aliado importante de grupos vulneráveis.” (Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais, p. 245)

86. Conclui-se que o caso acima, exemplifica, com propriedade, verdadeiro passeio empírico da idéia de “última

palavra provisória” e “rodada procedimental” de CONRADO HÜBNER MENDES.

A EXPERIÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 5105/DF

87. Por se tratar de um posicionamento absolutamente irretocável e sem qualquer acréscimo a ser feito, pede-se vênua para resumir a experiência dessa Corte Suprema nas sempre brilhantes palavras no Ministro LUIZ FUX:

“A controvérsia travada nesta ADI suscita algumas reflexões acerca da dinâmica das relações interinstitucionais em um Estado Democrático de Direito, na medida em que questiona a validade jurídico constitucional de um conjunto de normas que encerram frontal superação legislativa à específica interpretação da Constituição conferida pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, não representam qualquer novidade as dificuldades conhecidas e amplamente debatidas pela doutrina constitucional, nacional e estrangeira, acerca da legitimidade democrática da judicial review – a clássica dificuldade contramajoritária –, que decorre da circunstância de os juizes, não submetidos ao escrutínio das urnas, poderem invalidar as decisões do legislador, ancorando-se, muitas vezes, em disposições constitucionais vagas e abertas, e, em consequência, moldando a Constituição de acordo com suas preferências políticas.

À jurisdição constitucional, nesse cenário, incumbe a tarefa de encontrar o ponto ótimo de equilíbrio entre estes dois pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo. A depender da calibragem de suas decisões (i.e., atribuindo importância maior a qualquer desses ideais), os tribunais podem tolher a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais de magistrados não responsivos à vontade popular, ou, ao revés, podem as cortes cancelar o advento de um despotismo das maiorias, de maneira a comprometer a supremacia e a efetividade da Lei Fundamental.

Se essas particularidades já recomendam alguma dose de cautela no exercício da judicial review, essa prudência é redobrada nas situações em que o objeto da controvérsia decorre de reações legislativas a decisões proferidas pela Corte, sobretudo por impactar diretamente na esfera de liberdade de conformação do legislador.

Nesse pormenor, o nosso desenho institucional potencializa essas dificuldades: outorga ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de definir a última palavra acerca do conteúdo da Carta Política. Deveras, enquanto “guardião da Constituição” (CRFB/88, art. 102, caput), à Suprema Corte é confiada a faculdade de invalidar, invocando o texto constitucional, qualquer lei ou ato normativo emanado das instâncias políticas majoritárias. Noutros termos, o Supremo detém a última palavra no âmbito do Estado Democrático de Direito, máxime porque seus pronunciamentos não se sujeitam – repiso, por um viés formal – a qualquer controle democrático. Em sede doutrinária, o Ministro Gilmar Mendes perfilhou similar entendimento, aduzindo que “(...) as Cortes Constitucionais estão inegavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão dos Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. In.: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Celso Bastos Editor, 1998, p. 463). Aliás, mesmo as hipóteses de manifestação do constituinte reformador (i.e., emendas constitucionais) – ainda que em etapa de deliberação parlamentar (e.g., propostas de emendas constitucionais, a teor do CRFB/88, art. 60, §§ 4º e 5º) – são sindicáveis perante o Tribunal que poderá expungir-las do ordenamento jurídico, circunstância que poderia corroborar, em vez de infirmar, o modelo juriscêntrico de hermenêutica constitucional.

Sucede que, a despeito desse arranjo, não se pode advogar que o arquétipo constitucional pátrio erigiu um modelo de supremacia judicial em sentido forte (ou material), de vez que, além de equivocada, sob a ótica descritiva, não se afigura desejável, sob o ângulo prescritivo.

Por uma vertente descritiva, há diversos precedentes de reversão legislativa a decisões do

Supremo Tribunal Federal, seja por emenda constitucional, seja por lei ordinária, que per se desautorizariam a concepção de última palavra definitiva. Essa práxis dialógica, além de não ser incomum na realidade interinstitucional brasileira, afigura-se perfeitamente legítima – e, por vezes, desejável –, estimulando prodigioso ativismo congressual, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais.

Para os fins da presente discussão, reputo ser prescindível inventariar todas as hipóteses de reação legislativa, de modo que me restringirei a descrever alguns casos mais paradigmáticos, em especial quando a reversão jurisprudencial foi questionada perante o Tribunal. Com isso, será possível extrair a diretriz jurisprudencial utilizada pela Corte para aferir a validade jurídico-constitucional de tais reversões.

De início, destaco a edição da EC nº 41/2003 como interessante exemplo de diálogo constitucional. Mantendo disciplina inserta na EC nº 20/1998, a EC nº 41/2003 dispôs expressamente que as vantagens pessoais estariam albergadas no cômputo do teto remuneratório, bem como consagrou a autoaplicabilidade do novo teto, em tentativa de superar o entendimento fixado por esta Suprema Corte, que apontava exatamente em sentido oposto. Contudo, nos autos do MS nº 24.875, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06/10/2006, o Plenário, por maioria, asseverou que, “[n]ão obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatutura constitucional, (...), aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou diretamente o direito à irredutibilidade de vencimentos - modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas”, motivo por que seria defeso glosar os valores nominais auferidos acima do teto. Assim, a inobservância dos limites encartados no art. 60 do texto constitucional, no entender da Corte, autorizava a invalidação da norma, independentemente de ela encerrar, ou não, correção legislativa de entendimento sufragado pela Corte.

Utilizando similar argumentação, a Corte afastou a aplicação imediata da EC nº 52/2006. Sem embargo de a emenda ter estabelecido a plena e imediata autonomia dos partidos políticos de formarem coligações sem vínculos entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, o Tribunal, na ADI nº 3.685, entendeu

pela verticalização das coligações partidárias para as eleições gerais de 2006, prestigiando, em consequência, a interpretação fixada pelo Tribunal Superior Eleitoral ao art. 6º da Lei das Eleições, materializada na Resolução nº 21.002/2002 (STF, ADI nº 3.685, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 10/08/2006).

Naquela oportunidade, o Tribunal afastou a vigência imediata da EC nº 52/2006, firme no argumento de que, por ter sido editada há menos de 8 (oito) meses da data do pleito, a norma transgredia a regra da anterioridade eleitoral (CFRB/88, art. 16), enquanto limite material ao poder de reforma, nos termos do art. 60, § 4º, IV. Outro exemplo de embate institucional digno de nota ocorreu com a promulgação da EC nº 57/2008. Referida emenda exsurgiu no contexto em que reconhecida, pelo STF1, a inércia deliberada do Congresso Nacional para promulgar a Lei Complementar, a que se refere o art. 18, § 4º, da CRFB (redação dada pela EC nº 15/96), que deveria disciplinar os critérios de criação dos municípios. Por ocasião do julgamento, acolheu-se a modulação temporal proposta pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, a fim de declarar a inconstitucionalidade da lei estadual com efeitos pro futuro, fixando o prazo de 24 (vinte e quatro) meses. Poucas semanas depois, no julgamento da ADI omissão nº 3.680-3, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 06/09/2007, além de cientificar o Parlamento da mora legislativa, o Tribunal fixou o prazo de 18 (dezoito) meses para a edição da Lei Complementar. Contudo, ao invés de colmatar a lacuna legislativa, na esteira do pronunciamento do STF, a solução alvitada pelo Congresso Nacional foi a edição da EC nº 57/2008, a qual, acrescentando o art. 96 ao ADCT, convalidou todos os atos de criação dos municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006. Ao assim agir, o Parlamento quedou-se inerte quanto à definição dos critérios nacionais para a criação e fusão dos municípios, situação que perdura até a presente data.

Nessa mesma toada, a Emenda Constitucional nº 58/2009 também representa hipótese de correção legislativa, na medida em que objetivou superar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 197.917/SP, rel. Min. Maurício Corrêa (Caso Mira Estrela) e, posteriormente, na ADI nº 3.345, rel. Min. Celso de Mello. Na espécie, a Corte consignou que deixar ao talante do legislador municipal o estabelecimento dos critérios da composição das Câmaras Municipais,

com observância apenas dos limites máximos e mínimos, previstos no art. 29, IV, equivaleria a esvaziar a regra constitucional de proporcionalidade entre vereadores e número de habitantes. A decisão provocou reações no Congresso Nacional, que, como dito, promulgou a EC nº 58/2009, para alterar o art. 29, IV, da Constituição, e instituir, expressamente, os limites máximos de vereadores de acordo com o número de seus habitantes. Mais ainda, o art. 3º, inciso I, da Emenda, previu a eficácia retroativa das novas regras, de sorte a aplicar tais regras ao pleito de 2008, previsão invalidada, de forma precisa, pelo Plenário da Corte no julgamento da ADI-MC-Ref nº 4.307, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 05/03/2010, por vulnerar as cláusulas superconstitucionais da segurança jurídica e da garantia do pleno exercício da cidadania popular. Quando veiculada por leis ordinárias, o caso de superação legislativa mais rememorado, nomeadamente pelo emprego de alguns fundamentos antidualógicos, versa sobre a Lei nº 10.628/2002. Mencionado diploma alterou o art. 84, §§ 1 e 2º, do Código de Processo Penal, a fim de restabelecer o foro por prerrogativa de função a ex-detentores de cargos ou mandatos eletivos. À época, a orientação consolidada na Corte era no sentido de que o término do mandato implicaria, consequentemente, a perda do foro aos ex-ocupantes de cargos político-eletivos, orientação firmada pelo STF no julgamento da Questão de Ordem no Inquérito nº 687, rel. Sydney Sanchez, DJ de 25/08/1997, e que culminou, como todos sabem, com o cancelamento da Súmula nº 3942 .

Entretanto, ao apreciar a ADI nº 2.797, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19/12/2006, o Plenário declarou a inconstitucionalidade das inovações trazidas pela Lei nº 10.628/2002, por vício formal, amparandose nos seguintes fundamentos, verbis:

“(...) 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-Q0, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a

ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.”

Percebe-se, com clareza meridiana, que os fundamentos em que vazada a decisão evidenciam, a mais não poder, a adoção de um autoritarismo judicial e um comportamento profundamente antidialógico, incompatível com o postulado fundamental da separação de poderes. É óbvio ululante que ao legislador é franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo.

Todavia, essa postura refratária ao diálogo institucional não passou despercebida naquele julgamento. O Ministro Eros Grau, a quem sucedi na Corte, e o Ministro Gilmar Mendes discordaram da argumentação desenvolvida, lançando premissas valiosíssimas a serem trasladadas à espécie. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes aduziu, precisamente, que o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade não atinge o legislador, razão por que o espaço de conformação legislativa não pode, em qualquer hipótese, ser considerado “ato injurioso” ao Tribunal. Alinhando-se à crítica expendida pelo Min. Eros Grau, asseverou, ainda, Sua Excelência, que o Poder Legislativo é também intérprete autêntico da Constituição, admitindo, expressamente, a possibilidade de, “eventualmente, superar o entendimento anterior ou provocar um novo pronunciamento da Corte via nova proposta”.

Interessante registrar, neste particular, que a tese jurídica desenvolvida naquele julgado não se difundiu em controvérsias subsequentes. Ilustrativamente, na ADI nº 3.772, ajuizada pelo

Procurador-Geral da República, chancelou-se a constitucionalidade da Lei federal nº 11.301/2006, que frontalmente colidia com a jurisprudência remansosa do Tribunal acerca do sentido da expressão “funções de magistério”, para fins de cômputo de tempo da aposentadoria especial, nos termos do art. 40, § 5º, da Constituição (ADI nº 3.772, red. para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 29/10/2009). Em precedentes anteriores (cito por todos, ADI nº 152, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18/03/1992), o Supremo Tribunal Federal afirmou, encampando interpretação estrita, que a docência caracterizar-se-ia pelo exercício de função em sala de aula, entendimento cristalizado, inclusive, na Súmula nº 7263. A seu turno, em hipótese de reação frontal, o legislador infraconstitucional emprestou exegese ampliativa à categoria “funções de magistério”, para efeito de concessão de aposentadoria especial aos professores, de modo a albergar aquelas “exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas”, aí incluídas “as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico”. Destarte, na ADI nº 3.772, o Tribunal, ao reconhecer a validade da Lei nº 11.301/2006, aquiescera com a possibilidade de correção legislativa de sua jurisprudência, ainda quando veiculada pelo legislador ordinário, em comportamento institucional mais aberto dialógico, em franca oposição ao que decidido na ADI nº 2.797.

De igual modo, a promulgação da Lei Complementar nº 135/2010 também se afigura como exemplo de correção jurisprudencial, por pretender superar a orientação iterativa do TSE, e corroborada pelo STF na ADPF nº 144, no sentido de inadmitir o reconhecimento de inelegibilidade sem que houvesse o trânsito em julgado da decisão. Embora tenha negado vigência à Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010, no RE nº 633.703, ante a incidência da regra da anualidade eleitoral (CRFB/88, art. 16), esta Corte reconheceu a compatibilidade material da Lei da Ficha Limpa com os imperativos constitucionais, nas ADCs nº 29 e nº 30, e ADI nº 4.578, o que demonstra a ausência de supremacia judicial em sentido forte e a abertura dialógica, por parte da Corte, a correções legislativas de sua jurisprudência, mesmo que veiculadas em legislação ordinária.

Da análise dos retromencionados arestos, e da postura institucional adotada pelo Supremo

Tribunal Federal em cada um deles, pode-se concluir, sem incorrer em equívocos, que (i) o Tribunal não subtrai ex ante a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou legislador ordinário, (ii) no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60, e seus §§, da Constituição, e (iii) no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador. Destarte, inexistente, descritivamente, qualquer supremacia judicial nesta acepção mais forte.

Por outro lado, do ponto de vista prescritivo, tampouco se afigura desejável pugnar pela impossibilidade de definitividade da interpretação da Constituição pelo STF. Isso porque endossar compreensão que interdicte tout court ou dificulte sobremodo a prerrogativa de o legislador proceder, sponte sua, a correções de jurisprudência da Corte seria extremamente antidemocrático, amesquinhando a própria capacidade da política ordinária de se autocorrigir. É prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da Constituição. Oportuno registrar que o próprio texto constitucional desafia esse entendimento: em primeiro lugar, os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade não atingem o Poder Legislativo, a teor do art. 102, § 2º, e art. 103-A, de modo que é perfeitamente possível a edição de emendas constitucionais ou leis ordinárias acerca do assunto objeto do pronunciamento judicial. Ademais, e em segundo lugar, o dever de fundamentação das decisões judiciais, ex vi do art. 93, IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal, mesmo nas hipóteses de correção legislativa de sua jurisprudência, enfrente a controvérsia à luz dos (novos) argumentos expendidos pelo legislador para reverter o precedente. O ponto foi destacado, com maestria, pelos Professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

“(...) não é salutar atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. (...). É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem

do Legislativo – o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF. (...) As decisões do STF em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Isso, porém, não impede que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional. Essa posição pode ser derivada do próprio texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição). Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexões no resultado do julgamento.” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 402-405)

Mais: desconsiderar que as demais instituições, em geral, e o Poder Legislativo, em particular, sejam intérpretes autorizados da Lei Fundamental pode propiciar certa acomodação ou desinteresse nos demais atores em interpretar a Constituição, afastando a gramática constitucional de outros fóruns de discussão, que não as Cortes. Ademais, a perspectiva juriscêntrica de hermenêutica constitucional também estimula comportamentos irresponsáveis na conformação da Constituição pelos legisladores, naquilo que o Professor da Universidade de Harvard Mark Tushnet, em sua obra *Weak Courts, strong rights*, intitulou de desobediência antecipada (*anticipatory disobedience*). Para Tushnet, os legisladores, em um modelo de supremacia judicial [em sentido forte], cientes de que o ônus para aferir a validade de seus atos recairá necessariamente sobre a Suprema Corte, se veem incentivados a editar normas flagrantemente inconstitucionais como estratégia política, postura que não ocorreria, na visão do ilustre Professor, nas hipóteses em que eles tenham completa responsabilidade de seus atos, como nas “questões políticas” (TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong*

rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 101). A despeito de normativamente propugnar por mecanismos mais brandos de controle judicial, o que, antecipo, não se está a defender, penso que as ponderações suscitadas pelo Professor Mark Tushnet se encaixam perfeitamente à espécie.

De igual modo, a própria concepção de limitação do poder, ínsita ao sistema de freios e contrapesos, milita em favor de uma pluralização dos intérpretes, e não de um monopólio, do sentido da Constituição, concretizando a ideia de “sociedade aberta aos intérpretes da constituição”. Segundo o Peter Häberle, artífice da tese, “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (...) quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la.” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13). A interpretação e a concretização da Constituição, seguindo essa premissa, não podem ficar adstritas às Cortes, mas, em especial, devem ser realizadas por meio de interações e diálogos entre os diversos atores da sociedade. Se se caminha no sentido de pluralizar a interpretação constitucional, de modo a compreender a Carta da República como um Estatuto Fundamental da comunidade política, seria um retrocesso pintar em fortes tintas a concepção juriscêntrica nesta seara. No mesmo sentido, em lição direcionada ao sistema constitucional norteamericano, mas aplicável ao direito pátrio, Louis Fisher preleciona que:

“Judicial review se ajusta ao nosso sistema constitucional porque gostamos de fragmentar o poder. Sentimo-nos mais seguros com checks and balances, mesmo quando uma Corte não eleita diz a um legislador eleito ou a um Presidente eleito que eles têm se excedido. Essa mesma preferência por poder fragmentado nega à Suprema Corte a autoridade final e a última palavra para decidir questões constitucionais. Nós não aceitamos a concentração de poder legislativo no Congresso ou de poder executivo no Presidente. Pela mesma razão, não podemos permitir que o poder judicial

e a interpretação constitucional residam exclusivamente nas cortes. Nós rejeitamos supremacia em todos os três poderes em razão do valor superior da liberdade, do discurso, da democracia e do governo limitado.” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 279)

Esse conjunto de críticas à defesa normativa de uma supremacia judicial foi sistematizado, com precisão invulgar, pelo Professor Rodrigo Brandão, em rico e substancioso estudo a respeito da temática, cujo escólio transcrevo, in verbis:

“(...) Com efeito, o emprego de justificativa genérica para afirmar a definitividade do que se quer que o STF tenha decidido promove absoluta legitimação ex ante de suas decisões, a qual se afigura incompatível com a exigência de justificação da compatibilidade das suas decisões com a Constituição de 1988, que é corolário do dever de fundamentação das decisões tomadas pelas autoridades públicas em uma democracia deliberativa, e, em particular, pelos juízes (art. 93, inc. IX, da CF/1988). Ademais, caso haja grande dificuldade de reversão das decisões de qualquer instituição política o sistema democrático perde, em boa medida, a sua capacidade de autocorreção, cristalizando decisões equivocadas, ou que, embora certas no momento de sua prolação, tornam-se com o tempo obsoletas ou geram consequências não antecipadas. Sobretudo se tal decisão “definitiva” for da lavra do órgão não sujeito a processos periódicos de aprovação popular, há o risco de ela, ao invés de promover a estabilidade social, estimular a polarização de disputas políticas. Por outro lado, a difusão do entendimento de que a última palavra na interpretação constitucional é do Judiciário gera um desengajamento dos demais “poderes” e atores privados no processo de interpretação constitucional. Tal perspectiva juriscêntrica, somada à supremacia judicial em sentido material – segundo a qual a interpretação constitucional da Suprema Corte é extremamente difícil de ser revertida – causa problemas de responsividade popular, sobretudo em um contexto de sensível judicialização da política. Explica-se: se virtualmente todas as questões políticas relevantes são judicializadas, a enorme dificuldade da superação das decisões da Suprema Corte torna o órgão de cúpula do Judiciário uma instituição ‘desviante’ em um sistema democrático, pois irá dirimir um grande número de questões politicamente relevantes em relação às quais o povo não terá mecanismo efetivo de correção.” (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da

Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 279)

Destarte, a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas.

Tal entendimento encontra eco no magistério da jurista canadense Christine Bateup, segundo a qual "(...) esta compreensão de diálogo é também defendida como um meio normativamente desejável para a leitura constitucional ser desenvolvida com o passar do tempo, tanto porque o sistema constitucional americano demonstra uma clara preferência pela limitação de poder, bem como porque este 'intercâmbio mais intenso' entre atores iguais resulta em maior interpretação da Constituição 'vibrante e durável'." (tradução livre do original: "(...) this understanding of dialogue is also supported as a normatively desirable way for constitutional meaning to be developed over time, both because the American constitutional system demonstrates a clear preference for fragmented power, and because such 'vigorous interchange' between equal actors results in more 'vibrant and durable' interpretation of the Constitution." BATEUP. Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p. 36). No mesmo sentido, Larry Kramer vaticina:

"Existe, não obstante, um mundo de diferença entre ter a última palavra e ter a única palavra: entre supremacia judicial e soberania judicial." (...) daí não segue que a Corte deva exercer sua autoridade sobre toda e qualquer questão ou que, quando o faça, a Corte possa repudiar ou muito rapidamente suplantar os pontos de vista dos outros, ainda mais de instituições democráticas". [tradução livre do original: "There is, nevertheless, a world of difference

between having the last word and having the only word: between judicial supremacy and judicial sovereignty. We may choose to accept judicial supremacy, because we need someone to settle certain constitutional questions and, for a variety of historical and jurisprudential reasons, the Supreme Court seems like our best option. But it does not follow either that the Court must wield its authority over every question or that, when it does, the Court can dismiss or too quickly supplant the views of other, more democratic institutions.”] (KRAMER, Larry D. We the Court. Harvard Law Review, Vol. 115 (1), 2001, p. 13)

É precisamente sob as lentes desse hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais que a Corte Constitucional deve examinar a presente discussão. Deveras, os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, como não poderiam deixar de ser, vinculam as partes do processo e finalizam uma rodada procedimental, mas não encerram, em definitivo, a controvérsia constitucional em sentido amplo.

Na verdade, a interpretação dada pela Corte fornece o input para que sejam reiniciadas as rodadas de debates entre as instituições e os demais atores da sociedade civil, razão por que deve ser compreendida como última palavra provisória. Insta ressaltar que a opção por reconhecer que dinâmica interinstitucional se funda em premissa dialógica e plural de interpretação da Constituição, e não de monopólio e arrogância, afasta qualquer leitura romântica e idealizada das instituições, evitando, bem por isso, o indesejado fetichismo institucional, já denunciado por Roberto Mangabeira Unger (MANGABEIRA UNGER, Roberto. Democracy realized: the Progressive Alternative. New York: Verso, 1998, p. 25)

Ao assim proceder, este Supremo Tribunal Federal agirá como um “catalisador deliberativo”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional (MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214).

À luz dessas premissas, forçoso reconhecer que, prima facie, o legislador pode, por emenda constitucional ou lei complementar, superar a jurisprudência, reclamando, a depender do

instrumento normativo que veicular a reversão, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. Se veiculada por emenda, há a alteração formal do texto constitucional, modificando, bem por isso, o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal. Não bastasse, o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais também passa a ser outro. Nessas situações, como dito, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer, assim, nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição (i.e., limites formais, circunstanciais e materiais), endossando, em particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.

Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima. Ademais, deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem. Não se trata em si de um problema, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, que se caracteriza, de acordo com o escólio do Professor e hoje Ministro Luís Roberto Barroso, “quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167).

Em outras palavras, a novel legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (leis in your face) se submete, a meu juízo, a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, pelo simples fato de já existir um pronunciamento da Suprema Corte. Assentados os standards de atuação da Corte, passo ao exame da questão de fundo.” (ADI nº 5105/DF, STF, Rel. Min. LUIZ FUX, julg. 01.10.15)

88. Como bem enfatizou o Ministro LUIZ FUX “... À luz dessas premissas, forçoso reconhecer que, prima facie, o legislador pode, por emenda constitucional ou lei complementar, superar a jurisprudência, reclamando, a

depender do instrumento normativo que veicular a reversão, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. **Se veiculada por emenda, há a alteração formal do texto constitucional, modificando, bem por isso, o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal.** Não bastasse, o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais também passa a ser outro."

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL

89. Como se sabe, a ordenação jurídica e a realidade política e social devem ser consideradas em seu inseparável contexto e em seu condicionamento recíproco para que a Constituição tenha força normativa. A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser e dever ser, leva aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Em síntese, explica Konrad Hesse:

"A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições." (HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 13/15.)

90. Quanto mais o conteúdo de uma Constituição corresponder à natureza singular do presente, mais seguro será o desenvolvimento de sua força normativa. Isso porque

tanto os elementos sociais, políticos e econômicos, quanto as tendências dominantes de seu tempo são requisitos imprescindíveis para a essência e a eficácia da Constituição. No entanto, a Lei Maior não pode expressar apenas uma momentânea constelação de poder, é indispensável que ela mostre condições de adaptar-se a eventuais mudanças dessas condicionantes, devendo estabelecer alguns princípios fundamentais, cujo conteúdo específico possa ser desenvolvido, ainda que surjam novas características em virtude das céleres modificações da realidade sociopolítica. A constitucionalização apenas de interesses particulares exige uma constante revisão constitucional e a consequente desvalorização da força normativa da Constituição.

91. Assim, a frequência das reformas constitucionais, sob a alegação de suposta necessidade política, afigura-se perigosa para a força normativa da Constituição e abala a confiança na sua inquebrantabilidade, pois a estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição. Cada reforma constitucional expressa a ideia de que se atribui maior valor às exigências momentâneas de índole fática do que à ordem normativa vigente:

“A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito.” (HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 23)

92. Afigura-se necessário, portanto, que a ordem jurídica mostre-se tão dinâmica quanto a ordem sociopolítica, permitindo que a normatividade e a realidade

mantenham uma relação de contínua integração, de modo a afastar situações de ruptura e assegurar a continuidade da ordem constitucional. Assim, embora o processo de reforma constitucional somente deva ser utilizado em ocasiões extraordinárias, é inquestionável que as necessidades sociopolíticas de um dado momento histórico exijam que sejam promovidas modificações no texto constitucional, com vista a permitir a adaptação da Constituição.

93. No ordenamento jurídico atual, tais modificações somente podem ser implementadas pelo procedimento das emendas constitucionais, reguladas no art. 60 da Constituição como única via formal de manifestação do poder reformador. Pela natureza de poder constituído, o poder de reforma constitucional está submetido a limitações de forma e de conteúdo, previstas no próprio Texto Magno, não podendo delas se distanciar sob pena de vício, ficando a reforma constitucional sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade. Toda emenda constitucional editada com desrespeito às limitações impostas ou ao procedimento especial estabelecido padecerá de vício de inconstitucionalidade e ficará sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

0 STF e o controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias

94. A intrigante questão relativa à possibilidade de ser reconhecida a inconstitucionalidade de normas integrantes da própria Constituição suscitou importantes debates doutrinários e jurisprudenciais, tendo sido abordada com maestria por Otto Bachof, em sua clássica obra intitulada Normas Constitucionais Inconstitucionais?. Para o autor, a

discussão sobre a possibilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais pressupõe uma distinção entre a Constituição em sentido formal e a Constituição em sentido material. A primeira corresponde ao conteúdo global das disposições escritas da Constituição, enquanto que a segunda representa o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, as atribuições e as competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as suas instituições fundamentais e sobre a posição do cidadão no Estado.

95. Outra questão importante é a relação entre a Constituição e o direito supralegal. Para ele, esse problema só aparentemente foi resolvido pela positivação do direito supralegal na Lei Fundamental, uma vez que não se pode provar que essa positivação esgota o conteúdo do direito supralegal, bem como não é possível demonstrar que todas e cada uma das regras da Constituição escrita estejam em harmonia com o direito supralegal, seja ele positivado ou não, fazendo subsistir a problemática fundamental da validade da Constituição. Conclui que a obrigatoriedade jurídica só existe na medida em que o legislador considere os princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica e atenda aos mandamentos cardeais da lei moral.

96. Resulta, assim, que o conceito material de Constituição exige que se leve em consideração o direito supralegal. Dessa forma, o autor tenta saber se todo o direito supralegal deve ser considerado parte integrante da Constituição, mesmo aquele que porventura não tenha sido abrangido pela positivação, e se uma violação desse direito pode ser qualificada como inconstitucional, em virtude do caráter incondicional da vinculação jurídica dele decorrente.

97. Entre outras possibilidades, Otto Bachof defende a inconstitucionalidade de norma constitucional por infração de direito supralegal positivado na Constituição, bem como a inconstitucionalidade por infração de direito supralegal não positivado. Na primeira hipótese, sustenta que o direito supralegal pertence à Constituição, logo uma norma constitucional que infrinja outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, será contrária ao direito natural e carecerá de legitimidade, sendo qualificada como inconstitucional, mesmo que pertença formalmente à Constituição. Já na segunda hipótese, mostra-se a favor da inclusão do direito supralegal não positivado na Constituição, uma vez que este é imanente a toda ordem jurídica e constitucional. Além disso, sustenta que a própria Lei Fundamental já reconhece a existência de direito supralegal e que tal reconhecimento não pode ser parcial, devendo abranger necessariamente todo o direito supralegal.

98. Outros doutrinadores também defenderam a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias e, sinteticamente, pode-se dizer que existem três principais hipóteses de ocorrência. A primeira é quando há uma contradição de normas constitucionais de significado secundário com outras normas constitucionais de grau superior. A segunda ocorre no caso de uma norma constitucional infringir outra norma da Constituição que tenha positivado um direito supralegal, um princípio elementar anterior mesmo à própria Constituição, como os direitos e garantias individuais, por exemplo. A terceira e última hipótese se refere à violação, por uma norma constitucional, de princípios do direito supralegal não inseridos no texto da Constituição, tidos como valores fundamentais da justiça.

99. Na doutrina brasileira, defende-se a aplicação do princípio da unidade hierárquiconormativa da Constituição, não havendo espaço para o reconhecimento de uma hierarquia entre dispositivos constitucionais, sendo impossível admitir a existência de normas constitucionais inconstitucionais. Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso salienta que, embora as normas constitucionais possam expressar verdadeiras contradições do ponto de vista lógico, do ponto de vista jurídico, tais antinomias eventualmente detectadas serão sempre aparentes e solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela legítima exclusão da incidência de alguma delas sobre dada hipótese, por haver o constituinte disposto nesse sentido.

100. Igualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a existência de hierarquia entre normas constitucionais originárias e, conseqüentemente, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras. Nesse sentido, e já na vigência da Constituição de 1988, a Suprema Corte, seguindo voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, não conheceu da ADI n. 815/DF, por impossibilidade jurídica do pedido.

101. No julgamento dessa ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a manifestar-se sobre a validade de normas constitucionais originárias em face de normas de grau superior da própria Constituição. Nessa oportunidade, o STF afastou a tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, considerando-a incompatível com o sistema de Constituição rígida, e sustentou os seguintes argumentos, constantes da ementa do acórdão:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal.

A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.

Na atual Carta Magna compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (artigo 102, caput), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.

Por outro lado, 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 impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.

Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido." (ADI nº 815, STF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, julg. 28.03.96)

102. Em seu voto, o Ministro Moreira Alves, apoiando-se nas conclusões de Otto Bachof, alegou que, se uma norma constitucional infringir outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será contrária ao direito natural, o que implica dizer que ela será inválida. Porém, será inválida não por violar a norma positivadora de direito supralegal, como queria Bachof, e sim por não ter o constituinte originário se submetido a esse direito suprapositivo que lhe impõe limites. Portanto, afastando a tese de Otto Bachof, concluiu que essa violação importa questão de ilegitimidade da Constituição e não questão de inconstitucionalidade, não tendo o Supremo

Tribunal Federal competência para resolvê-la, uma vez que não possui jurisdição para fiscalizar o poder constituinte originário.

O STF e o controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais

103. No sistema jurídico brasileiro não existe qualquer reserva quanto ao controle judicial de constitucionalidade das normas elaboradas pelo constituinte derivado. As emendas à Constituição podem ser inconstitucionais por violar tanto as normas que regulam seu procedimento, quanto as normas fixadoras dos limites materiais da revisão.

104. Quando a emenda constitucional obedece rigorosamente ao processo legislativo estabelecido pelo constituinte originário e, sobretudo, não viola o núcleo imodificável constante do §4º do art. 60 da Constituição Federal, ela inova o direito, incorporando ao texto originário da Carta preceitos que têm a mesma natureza e hierarquia das normas precedentes.

105. No entanto, pode acontecer de o constituinte derivado elaborar emenda à Constituição sem obediência às limitações formais e materiais estabelecidas no texto constitucional, abusando de seu poder condicionado e limitado de reforma. Nesse caso, a norma constitucional derivada não se compatibiliza com o Texto Fundamental, ao contrário, foge do modelo, quebra o sistema, agride o ordenamento, compromete a harmonia, significando ato de subversão e de traição perpetrado pelo constituinte de segundo grau. O poder de emendar não inclui a possibilidade de violar os fundamentos e os princípios da Constituição, o que chega ao extremo quando se suprime, modifica ou altera

o cerne inalterável da Lei Maior. Portanto, a emenda constitucional está sujeita, sim, ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

106. Há muito que o Supremo Tribunal Federal entende possível esse exame. Ainda na vigência da Constituição de 1891, no julgamento do HC nº 18.178,166 admitiu a discussão sobre a validade da ampla reforma constitucional de 1925/1926 em face de decretação de estado de sítio e por não ter sido aprovada pela totalidade dos membros de cada Casa Legislativa. O STF, por maioria de votos, declarou a constitucionalidade da reforma, reconhecendo-se competente para avaliar a legitimidade de emendas à Constituição.

107. Nessa ocasião, firme quanto à plena legitimidade do controle do poder de revisão, o Ministro Guimarães Natal afirmou em seu voto que *"... A Constituição não distingue nas leis as que podem das que não podem ser arguidas de inconstitucionalidade. Portanto, todas o podem, inclusive a lei da reforma constitucional que é, como todas as leis, disciplinada também, em sua elaboração, por preceitos constitucionais, que, para a sua validade, deverão ser rigorosamente observados."* (Voto proferido no HC nº 18.178, STF, Rel. Min. HERMENEGILDO DE BARROS)

108. No mesmo sentido, argumentou o Ministro HEITOR DE SOUZA:

"Em se tratando de leis constitucionais e de países de Constituição rígida como o nosso, onde o processo de revisão é disciplinado por preceitos os mais rigorosos, mais se acentua a necessidade de armar o Poder Judiciário de autoridade para apurar se na sua iniciativa, discussão, votação e publicação foram satisfeitas as exigências da lei que só mercê da observância destas permite a revisão ou modificação do regime constitucional vigente."

Só por cegueira lamentável não se enxergará a competência clara, patente e indubitável deste Tribunal para conhecer e julgar dos vícios formais de que se pretende estar eivada a forma.”

109. Desde então, não existe qualquer dúvida quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade de emenda constitucional, tanto do ponto de vista formal quanto do material. Como já visto anteriormente, da mesma forma que ocorre com o controle de constitucionalidade de normas infraconstitucionais, se o controle for realizado depois de a emenda haver sido promulgada, será repressivo e jurisdicional. Pode ser feito por via incidental, na análise de um caso concreto, por qualquer juiz ou tribunal, ou pode ser efetuado o controle abstrato por meio de ação direta de inconstitucionalidade a ser julgada pelo STF.

110. Além disso, o Supremo Tribunal Federal já admite que o controle ocorra antes mesmo de a emenda constitucional ser votada, entendendo ser cabível mandado de segurança impetrado por parlamentar com a finalidade de atacar proposta de emenda constitucional incompatível com disposições constitucionais.

111. Como visto anteriormente, a emenda constitucional pode ser produzida com infringência formal ou material à Constituição e, por isso, pode ser objeto do controle jurisdicional repressivo de constitucionalidade, que pode ser exercido tanto pela via direta quanto incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal.

112. Nesse contexto, observa o Ministro Sepúlveda Pertence, tal fenômeno apresenta-se tão frequente que praticamente a cada emenda constitucional segue-se uma ação direta, em que as forças políticas vencidas no processo de

elaboração da emenda suscitam perante o Supremo Tribunal Federal a violação dos limites materiais, ou mesmo formais, ao poder de reforma constitucional.

113. Na vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de apreciar duas ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais se discutiu amplamente sobre a constitucionalidade de emendas constitucionais. A primeira foi a ADI 830/DF, relativa à legitimidade da EC nº 2/92, referente à antecipação do Plebiscito previsto no art. 2º do ADCT. A segunda foi a ADI 939/DF, proposta contra norma constitucional que instituía o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF).

114. No julgamento da ADI 830/DF, o STF declarou a constitucionalidade da emenda em questão e julgou improcedente a ação. Em seu voto, o Ministro Moreira Alves foi categórico em afirmar que, em face do nosso sistema constitucional, não há dúvida de que é o STF competente para examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional. Defendeu, ainda, que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é imune ao poder de reforma, afirmando:

“Para a sustentação dessa imunidade se alega não só que o processo de emenda constitucional disciplinado no artigo 60 da Constituição não se aplica ao ADCT, porquanto este é independente daquela, tendo numeração própria e sendo dotado de autonomia instrumental, mas também que, sendo o ADCT integrado por normas de exceção transitória às regras da parte permanente da Constituição, decorre da natureza mesma dessa transitoriedade a impossibilidade de vir a tornar-se perene por sucessivas alterações de prazo.

Ambas as alegações são de manifesta improcedência.”

115. Em seu voto, o Ministro Celso de Mello também afirmou expressamente que não há dúvida quanto à possibilidade de as emendas à Constituição Federal virem a constituir objeto de controle de constitucionalidade. Explicou minuciosamente:

“As limitações materiais explícitas, definidas no §4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, legitima o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade dos atos resultantes do processo de alteração do Texto Constitucional. Emendas à Constituição podem, assim, incidir, também elas, no vício da inconstitucionalidade, configurado pela inobservância de limitações superiormente estabelecidas no texto constitucional por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias [...]”

116. Já no julgamento da ADI 939/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, o STF decidiu pela procedência do pedido, declarando a inconstitucionalidade da EC nº 3/93 pela violação de princípios e normas imutáveis da Constituição. Decidiu o Supremo Tribunal 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 de guarda da Constituição (art. 102, I, a, da CF).

117. Essas duas ações, que discutem a constitucionalidade de emendas constitucionais, foram umas das primeiras a serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal após a entrada em vigor da Constituição de 1988. São apenas dois dos inúmeros precedentes do STF relativos ao seu

exercício de controle jurisdicional de emendas constitucionais. Portanto, ao longo da história constitucional do país, o Supremo não tem encontrado problemas para declarar a inconstitucionalidade de normas editadas pelo poder constituinte de reforma.

118. Como lembra o Ministro Sepúlveda Pertence, em todos esses anos de reformas constitucionais intensivas, que politicamente mudaram a cara da Constituição de 1988, gerou-se expectativa exagerada quanto ao controle da constitucionalidade das emendas constitucionais. Afirma que a Suprema Corte Americana apreciou apenas duas vezes questionamento da validade de emenda constitucional e rejeitou ambas, já o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha examinou somente três casos de grande relevo e os três deram margem a decisões notáveis. Já no Brasil, a análise do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais tem sido muito frequente na vigência da Constituição de 1988.

Presunção de Constitucionalidade de Emenda Constitucional

119. A presunção de constitucionalidade de emenda constitucional decorre do princípio da interpretação conforme a Constituição, que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, não sendo apenas uma simples regra interpretativa. Tal princípio se resume no fato de que os aplicadores da Constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade.

120. Os clássicos do controle de constitucionalidade sempre apontaram o princípio da presunção de constitucionalidade das leis como indispensável nas relações entre os juízes e a legislatura. Esse princípio significa que toda lei é compatível com a Constituição e assim deve ser considerada, até judiciosa conclusão em contrário; ou, mais precisamente, que a inconstitucionalidade não pode ser presumida, antes deve ser provada, de modo cabal, irrecusável e incontroverso.

121. Essa mesma regra da presunção de constitucionalidade vale para as emendas constitucionais, que nada mais são que leis com rito diferenciado e requisitos próprios, sujeitas inclusive a um grau maior de dificuldade para sua elaboração e aprovação, em decorrência da necessidade de se estabelecerem garantias de segurança da Constituição.

122. No entanto, essa presunção de constitucionalidade não pode ser excessiva a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei ou a emenda constitucional à custa da Constituição, ou contrariar o sentido da Constituição para constitucionalizar o ato normativo de qualquer forma. Afinal, em sede de controle de constitucionalidade, os tribunais devem comportarse como legisladores negativos, anulando as leis contrárias à Constituição, quando for o caso, e jamais como produtores de normas, ainda que essa produção se faça por via interpretativa.

123. O princípio da presunção de constitucionalidade, embora de grande importância para a unidade da Constituição, não afasta a necessidade de controle de constitucionalidade jurisdicional das emendas constitucionais que afrontem as limitações formais ou materiais impostas pelo constituinte originário.

124. Especificamente sobre a EC nº 57, ouça-se a voz da clássica doutrina de JOSÉ AFONSO DA SILVA acerca da sua manifesta constitucionalidade:

“É lamentável ter que usar uma emenda constitucional, ainda mais no ADCT, para convalidação de irregularidades na formação de Municípios. As exigências para os diversos modos de criação de Município constam do §4º do art. 18 da Constituição, o que se faz por lei estadual, no período determinado em lei complementar federal dependendo de consulta prévia, mediante plebiscito às populações dos Municípios envolvidos.

Acontece que foram criados 62 Municípios sem que houvesse a referida lei complementar federal necessária à validade da formação de Municípios, conforme redação dada ao citado §4º, art. 18. Assim, a formação daqueles Municípios padecia de irregularidades que poderia ser sanada com a votação da referida lei complementar, na qual se poderia inserir um dispositivo dispondo sobre a convalidação das irregularidades – o que seria mais adequado para tanto. Emenda constitucional não é o modo correto para se corrigirem ilegalidades ou irregularidades. Na verdade, a irregularidade na formação daqueles novos Municípios implicava inconstitucionalidade das leis estaduais que os criaram por qualquer das formas previstas no referido §4º, art. 18 da Constituição. Não obstante o modo inadequado de corrigira irregularidade, como ainda não tinham sido declaradas as referidas leis estaduais, **é de se ter como regularizada a situação daqueles novos Municípios.**” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, Comentário Textual à Constituição, Ed. Malheiros, 9ª Ed., p. 971)

125. Ora, não tendo o Legislador Constitucional feito nenhum tipo de ressalva quanto à modalidade de criação, fusão ou desmembramento a que se refere o art. 18, §4º, da Constituição Federal, a que se referiu a EC nº 57 (art. 96, do ADCT da CF/88), deve se ter como legítima a convalidação implementada, eis que efetivada pelo instrumento legislativo próprio sem que o mesmo convesça de qualquer tipo de inconstitucionalidade.

126. Dito isso, pelo fundamentos acima expostos, confia o Município de Seropédica em que será dado provimento ao recurso extraordinário no Município de Aracaju, reconhecendo-se como legítima, eis que convalidada pela EC nº 57, a incorporação do Povoado de Mosqueteiro pelo Município de Aracaju.

* _ * _ * _ * _ * _ * _ *

127. Em tempo, informa que pretende, nos termos do entendimento sedimentado por ocasião do julgamento da ADI nº 2.777-Q0/SP, se utilizar da possibilidade de sustentação oral.

128. Por fim, informa que seus advogados recebem intimações na Av. Rio Branco, nº 99, 18º andar, Centro, Rio de Janeiro, comprometendo-se a juntar a respectiva procuração no prazo do art. 104, §1º, do Código de Processo Civil.

Nestes termos,
P. Deferimento.

Brasília, 1º de fevereiro de 2017

Mário Luiz Parreiras
OAB/RJ 66.794

Paulo Roberto Parreiras
OAB/RJ 41.474

Jorge Luiz Wanderley Vieira
OAB/RJ 96.367