

## VOTO

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):**

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – Adepol/Brasil contra as Emendas Constitucionais ns. 41, de 19.12.2003, e 47, de 5.7.2005, à Constituição da República.

2. Sustenta o autor a inconstitucionalidade formal das Emendas Constitucionais ns. 41, de 19.12.2003, 47, de 5.7.2005, à Constituição da República por alegado processo legislativo fraudulento pelo qual corrompida a expressão da vontade popular. Alega também a inconstitucionalidade material dos incs. I e II do § 7º do art. 40 da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional n. 41/2003 por “ ofensa à vedação contida no art. 60, § 4º, inc. IV, da Carta Política que não permite emenda constitucional que pretenda, precipuamente, abolir os direitos e garantias individuais (CF, 5º, caput, inc. XXXVI e LIV e § 2º c/c os arts. 40, § 12, 150, inc. II, 194, parágrafo único, inc. IV, 195, inc. II c/c o art. 60, § 4º, inc. I e IV) ”.

### Da legitimidade ativa ad causam

3. Este Supremo Tribunal firmou jurisprudência no sentido da legitimidade ativa da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – Adepol para ajuizar ação de controle abstrato de constitucionalidade por se tratar de entidade de classe de alcance nacional com homogeneidade de representação e que congrega delegados das polícias federal, estadual e distrital. Assim, por exemplo:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 51 DA LEI 15.301, DE 10 DE AGOSTO DE 2004, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APLICAÇÃO IMEDIATA DE SUSPENSÃO PREVENTIVA A SERVIDOR DA POLÍCIA CIVIL, ASSIM QUE RECEBIDA DENÚNCIA PELA PRÁTICA DE DETERMINADOS CRIMES. VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (INCISOS LIV E LV DO ART. 5º DA CF). 1. A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil tem legitimidade para a propositura da*

*ação direta, pois constitui entidade de classe de âmbito nacional, congregadora de todos os delegados de polícia de carreira do país, para defesa de suas prerrogativas, direitos e interesses (inciso IX do art. 103 da Constituição Federal). Presença do requisito da pertinência temática entre as finalidades da agremiação e o objeto da causa” (ADI n. 3.288, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJe 24.2.2011).*

*“Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 39, de 31 de janeiro de 2005, à Constituição do Estado de Santa Catarina. 3. Criação do Instituto Geral de Perícia e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. 4. Legitimidade ativa da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-BRASIL). Precedentes” (ADI n. 3.469, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 28.2.2011).*

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADI'S 4.009 E 4.001. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA REQUERENTE --- ADEPOL. (...) 1. A legitimidade ad causam da requerente foi reconhecida por esta Corte em oportunidade anterior --- entidade de classe de âmbito nacional, com homogeneidade em sua representação, que congrega Delegados de Carreira das Polícias Federal, Estaduais e do Distrito Federal” (ADI n. 4.009, Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJe 29.5.2009).*

*Do prejuízo da ação: alegada inconstitucionalidade material dos incs. I e II do § 7º do art. 40 da Constituição da República*

4 . Sobre a alegada inconstitucionalidade material dos incs. I e II do § 7º do art. 40 da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional n. 41/2003, anoto que este Supremo Tribunal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.807, de minha relatoria, julgou prejudicada a ação quanto às referidas normas, em decorrência de sua substancial alteração pela Emenda Constitucional n. 103/2019:

*“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE INATIVOS E PENSIONISTAS. ARTS. 40, CAPUT – EXPRESSÕES ‘E SOLIDÁRIO’ E ‘E INATIVOS E DOS PENSIONISTAS’ -, § 7º, INC. I E II, E § 18, E 149, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA; E ART. 4º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INC. I E II, DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DE CONTRARIEDADE AO ART. 5º, CAPUT, INC. XXXVI E LIV E § 2º, C/C O ART. 40, § 12, ART. 150, INC. II, ART. 195, INC. II, C/C ART. 60, § 4º, INC. I E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA*

*REPÚBLICA. 1. No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.105/DF e 3.128/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da cobrança da contribuição previdenciária instituída no caput do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41/2003 e declarou a inconstitucionalidade das expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", contidas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41/2003: prejuízo do pedido quanto ao art. 40, caput, da Constituição da República e ao art. 4º, caput e parágrafo único, inc. I e II, da Emenda Constitucional n. 41/2003. 2. A Emenda Constitucional n. 103/2019 alterou substancialmente a norma do § 7º do art. 40 da Constituição, acarretando a perda superveniente do objeto: pedido prejudicado nessa parte. 3. A discriminação determinada pelo art. 40, § 18, da Constituição da República, segundo a qual incidirá contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadorias e pensões que excederem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social configura situação justificadamente favorável àqueles que já recebiam benefícios quando do advento da Emenda Constitucional n. 41/2003, incluídos no rol dos contribuintes (Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.105/DF e 3.128/DF): improcedência do pedido nessa parte. 5. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.138, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do art. 149, § 1º, da Constituição da República: prejuízo do pedido quanto a essa norma. 6. Ação julgada prejudicada quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade das normas postas no art. 40, caput e § 7º, incs. I e II, e 149, § 1º, da Constituição da República e no art. 4º, caput, parágrafo único, inc. I e II, da Emenda Constitucional n. 41/2003, e improcedente quanto à norma do art. 40, § 18, da Constituição da República” (ADI 3.133, Plenário, DJ 18.9.2020).*

O quadro normativo previsto nos incs. I e II do § 7º do art. 40 da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional n. 41/2003, foi modificado pelo advento da Emenda Constitucional n. 103/2019 e passou a ser o seguinte:

*“Art. 40. (...) § 7º Observado o disposto no § 2º do art. 201, quando se tratar da única fonte de renda formal auferida pelo dependente, o benefício de pensão por morte será concedido nos termos de lei do respectivo ente federativo, a qual tratará de forma diferenciada a hipótese de morte dos servidores de que trata o § 4º-B decorrente de agressão sofrida no exercício ou em razão da função”.*

Está, portanto, prejudicada a presente ação pela perda superveniente de seu objeto, quanto aos incs. I e II do § 7º do art. 40 da Constituição da República, na norma alterada pela Emenda Constitucional n. 41/2003.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal afirmou-se no sentido de que a superveniência de revogação ou alteração substancial da lei questionada gera a perda de objeto da ação constitucional:

*“(...) A revogação ou exaurimento da eficácia jurídico-normativa de dispositivo impugnado implica a prejudicialidade da ação, por perda de seu objeto, máxime porque o objetivo da ação direta é a declaração, em tese, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e o seu conseqüente expurgo do ordenamento jurídico. Precedentes: ADI 4.365, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 8/5/2015; ADI 4.663-MC-Ref, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, DJe de 16/12/2014. (...) (ADI 5029, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 15/4/2020, DJe 30/4/2020)”*.

*“(...) A jurídica do Supremo Tribunal Federal definiu interpretação jurídica no sentido de que a revogação ou alteração substancial do ato normativo objeto de impugnação na ação constitucional implica a perda de objeto da ação. Precedentes ” (ADI n. 2.334 ED, Relatora a Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 29.11.2019, DJe 18.12.2019).*

*“(...) A revogação expressa de alguns dos dispositivos da norma impugnada enseja a perda parcial do objeto da ação” (ADI n. 5.908, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20.1.11.2019, DJe 3.12.2019).*

*“(...) A revogação superveniente de normas impugnadas importa na perda superveniente do objeto da ação direta. Precedentes” (ADI n. 4.396, Relatora a Ministra Carmen Lucia, Tribunal Pleno, julgado em 20.11.2019, DJe 10.12.2019).*

**5. Verifico, no ponto, a perda de objeto da ação quanto aos incs. I e II do § 7º do art. 40 da Constituição da República alterados pela Emenda Constitucional n. 41/2003, pela superveniência da Emenda Constitucional n. 103/2019.**

*Do mérito: alegada inconstitucionalidade formal das Emendas  
Constitucionais ns. 41/2003 e 47/2005*

6. O caso em exame refere-se a alegado vício que contaminaria o processo de reforma constitucional. Parlamentar que participou da votação das Emendas Constitucionais ns. 41/2003 e 47/2005 foi declarado como tendo incorrido em quebra de decoro parlamentar, por participar de prática denominada de compra de votos. Aquela nulidade, afirma a autora, conduziria à inconstitucionalidade formal das Emendas Constitucionais ns. 41/2003 e 47/2005.

7. A questão posta nesta ação direta tem sido reiterada neste Supremo Tribunal.

No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.885, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 1º. 8.2019, na qual se discutiu a mesma matéria, concluiu este Supremo Tribunal pela não ocorrência de inconstitucionalidade formal por vício de decoro parlamentar da Emenda Constitucional n. 41/2003.

No voto condutor proferido pelo Relator, o Ministro Marco Aurélio, pontuou-se:

*“como é sabido, ao Tribunal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, apenas cabe exercer o papel de legislador negativo. Surge a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico normas incompatíveis com a Lei Maior, devendo, justamente por isso, atuar com cerimoniosa parcimônia. Não há qualquer traço de incompatibilidade direta com a Constituição Federal, seja sob o ângulo material, seja o formal. O teor dos dispositivos revela, isso sim, legítima atuação parlamentar mediante a fixação de razoáveis balizas temporais ao exercício da opção franqueada aos servidores públicos pelo Constituinte derivado no § 15 do artigo 40 da Lei Maior”.*

No mesmo sentido, o Ministro Roberto Barroso, anotou em seu voto que,

*“apesar de se aceitar, em tese, a inconstitucionalidade de ato legislativo que contenha vício grave na formação da vontade popular, não se observa, no presente caso, um vício apto a gerar a invalidade da norma impugnada. Isso porque não houve plena demonstração pelas requerentes de que o vício da vontade dos parlamentares fosse*

*tamanho a ponto de alterar o quadro de aprovação da EC no 41/2003. Como bem observado pela Procuradoria-Geral da República, ainda que fossem desconsiderados os votos de todos os parlamentares condenados na Ação Penal no 470, a referida emenda constitucional seria aprovada exatamente como estabelece o procedimento do art. 60 da Constituição Federal. A presunção de que existiria a participação de um número maior de parlamentares esbarra na ausência de um juízo de certeza que deve estar presente nesta forma de controle”.*

Consta da ementa daquele julgado:

*“PROCESSO OBJETIVO – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR – INDEFERIMENTO. O implemento de medida acauteladora pressupõe a plausibilidade jurídica da pretensão e o risco de manter-se com plena eficácia o quadro normativo impugnado, circunstâncias não verificadas. SERVIDOR PÚBLICO – REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – INGRESSO – OPÇÃO – TERMO FINAL – PARLAMENTO – ESCOLHA POLÍTICO-NORMATIVA – LEGITIMIDADE. Descabe ao Supremo, no exercício da função de legislador negativo, suspender a eficácia de dispositivos que definem novo termo final para a formalização, por servidor público – gênero –, de opção pelo ingresso no regime de previdência complementar ao qual se refere o § 16 do artigo 40 da Constituição Federal, sob pena de indevida manipulação de opção político-normativa do Parlamento” (Plenário).*

8. No sistema brasileiro, emenda constitucional submete-se ao controle abstrato de constitucionalidade por este Supremo Tribunal, quando for o caso. Como o processo de sua formação e os limites materiais à atuação do constituinte reformador são expressas na Constituição (§ 4º do art. 60), há possibilidade processual constitucional de se submeter alguma ao crivo judicial em caso de dúvida sobre a validade do procedimento de sua elaboração e promulgação.

Nesse sentido, por exemplo, os seguintes julgados: ADI n. 939, Relator o Ministro Sydney Sanches, Plenário, DJ 18.3.1994; ADI n. 1.946-MC, Relator o Ministro Sydney Sanches, Plenário, DJ 14.9.2001; ADI n. 3.128, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Redator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJ 18.2.2005; ADI n. 3.297, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, DJ 25.10.2019.

O constituinte reformador limita-se, expressa e implicitamente, pelas normas constitucionalmente estabelecidas para a alteração formal da Constituição, delas não se podendo afastar o constituinte derivado.

No aspecto formal, devem as emendas constitucionais respeito ao devido processo legislativo, entre outros requisitos, obedecer à iniciativa da proposta por um dos legitimados previstos no art. 60 e a aprovação, em dois turnos, por maioria de três quintos de votos, em ambas as casas legislativas.

9. Entretanto, o devido processo constituinte reformador não tem apenas aquelas restrições expressas no art. 60 da Constituição, submetendo-se também aos princípios que legitimam a atuação das Casas congressuais brasileiras.

Inclui-se no devido processo legislativo a observância, ao longo do procedimento de elaboração da emenda constitucional, dos princípios da moralidade e probidade, voltados a *“impedir que os dispositivos constitucionais sejam objeto de alteração através do exercício de um poder constituinte derivado distanciado das fontes de legitimidade situadas nos fóruns de uma esfera pública que não se reduz ao Estado”* (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil*. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 385).

Nesse sentido, em obra doutrinária, anotei:

*“Somente pela ação do poder constituinte originário – cujo processo não é deflagrado apenas pela eventual vontade de um governante ou de um grupo que chegue ao poder – se podem desfazer situações constituídas, solapar direitos anteriormente aceitos como coerentes com os princípios e valores antes acatados. Somente pela atuação do poder constituinte originário se podem desconstituir o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, nos termos do sistema constitucional vigente (art. 5º, XXXVI, da Lei Fundamental da República). O mais, é fraude à Constituição, é destruição da Constituição em seus esteios-mestres. Quando, por meio de uma*

*reforma constitucional, se investem contra situações firmadas em condições jurídicas pretéritas sobre as quais retroagem as novas normas, não se tem como prejudicado apenas o princípio do direito adquirido, mas também o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” ( Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos . São Paulo: Saraiva, 1999. p. 109).*

Para Pedro Lenza, há inconstitucionalidade de emenda constitucional ou norma infraconstitucional decorrente de processo legislativo em cujo processo de formação e promulgação se demonstre quebra de decoro parlamentar caracterizado pela irregularidade na fase de votação pelo parlamentar:

*“Como se sabe e se publicou em jornais, revistas etc., muito se falou em esquema de compra de votos, denominado “mensalão”, para votar de acordo com o governo ou em certo sentido.*

*As CPIs vêm investigando e a Justiça apurando, e, uma vez provados os fatos, os culpados deverão sofrer as sanções de ordem criminal, administrativa, civil etc.*

*O grande questionamento que se faz, contudo, é se, uma vez comprovada a existência de compra de votos, haveria mácula no processo legislativo de formação das emendas constitucionais a ensejar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Entendemos que sim, e, no caso, trata-se de vício de decoro parlamentar, já que, nos termos do art. 55, § 1º, ‘é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas’.*

*Dito isso, cabe lembrar que, no julgamento da AP 470 (conhecida como “mensalão”), ficou demonstrado o esquema de corrupção para compra de apoio político (matéria pendente)” ( Direito constitucional esquematizado . 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 273 – grifos nossos).*

**10.** Sobre o decoro parlamentar, José Anacleto Abduch Santos, ensina:

*“(…) é o conjunto de princípios éticos e normas de conduta que devem orientar o comportamento do parlamentar no exercício de seu mandato. (...) O parlamentar deve guardar conduta compatível com a dignidade da função pública e do mandato recebido - o que deve ser interpretado em conformidade com os princípios constitucionais a que estão sujeitos os agentes públicos”. (...) O parlamentar, como todo*



*agente público, tem o dever do decoro - dentro e fora do Parlamento! Tem o dever de, com sua conduta, transmitir aos seus outorgantes (o povo) uma mensagem clara de respeito aos padrões sociais contemporâneos de moralidade, ética, honestidade e probidade. O Parlamento é instituição fundamental e indispensável à democracia, e seus integrantes recebem a responsabilidade de exercer com dignidade e honra a função parlamentar e a de prestar contas quanto aos deveres outorgados junto com o mandato recebido - o que inclui o dever de observância das leis e normas vigentes, de retidão moral e de caráter (Decoro parlamentar. Boletim de direito municipal: BDM, 2008, v. 24, n. 10, páginas 751-752).*

11. No regime democrático, a política deve ser utilizada como instrumento de defesa de interesses, concebido na perspectiva de uma sociedade pluralista, resultante na formação das normas que indicarão a conduta de cada pessoa ou grupo de pessoas na sociedade. Entretanto, a defesa de interesses legítimos transmuta em corrupção quando a busca pelo ideal comum cede espaço a interesses individuais e desvirtua a diretriz na formação da vontade política e das leis.

O princípio da representação democrática, no modelo de democracia semidireta, abrigada no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República, comporta, na lição de J J Canotilho, o princípio da representação popular formal e material:

*“A representação democrática significa, em primeiro lugar, a autorização dada pelo povo a um órgão soberano, institucionalmente legitimado pela Constituição (criado pelo poder constituinte e inscrito na lei fundamental), para agir autonomamente em nome do povo e para o povo. A representação (em geral parlamentar) assenta, assim, na soberania popular. (...) Esta autorização e legitimação jurídico-formal concedida a um órgão governante (delegação da vontade) para exercer o poder político designa-se representação formal. (...)*

*A representação democrática, constitucionalmente conformada, não se reduz, porém, a uma simples delegação da vontade do povo.*

*A força (legitimidade e legitimação) do órgão representativo assenta também no conteúdo dos seus actos, pois só quando os cidadãos (povo), para além das suas diferenças e concepções políticas, se podem reencontrar nos actos dos representantes em virtude do conteúdo justo destes actos, é possível afirmar a existência e a*

*realização de uma representação democrática material”*  
(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edição Almedina. p. 293-294).

O vício de corrupção da vontade do parlamentar e seu compromisso com o interesse público ofende o devido processo legislativo por contrariar o princípio da representação democrática e a moralidade que deve, obrigatoriamente, nortear a produção de normas jurídicas, a ensejar, quando demonstrada a prevalência de interesses individuais, a inconstitucionalidade da norma produzida em desacordo com os parâmetros constitucionais.

A interferência ilícita na manifestação livre do parlamentar subverte o regime democrático e deliberativo adotado pela Constituição de 1988. Nesse sentido, por exemplo:

*“Nas democracias constitucionais contemporâneas apenas as normas postas pelos representantes do povo construídas por meio de um processo específico podem obrigar ou proibir uma ação ou omissão, como consta, p. ex. no art. 5º, II, da Constituição Federal. Isso significa que a soberania popular deve ser exercida nos limites determinados pela ordem jurídica, cujas normas apenas são válidas se criadas nos marcos constitucionais do devido processo legislativo.*

*Nessa linha, doutrina e jurisprudência reconhecem que o devido processo legislativo é uma garantia, do parlamentar e do cidadão, inscrita na cláusula do substantive due process of law (art. 5º, LIV, da CF/88), envolvendo a correta e regular elaboração das leis.*

*Para além da tramitação formal, a dimensão substantiva da due process of law impõe que o processo legal seja justo e adequado, o que deve ser preservado já na fase de produção das leis.”* (MARRAFON, Marco Aurelio e ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Controle de constitucionalidade no projeto de lei de conversão de medida provisória em face dos ‘contrabandos legislativos’: salvaguarda do Estado Democrático de Direito*. In FELLET, Andre e NOVELINO, Marcelo (Orgs). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: JusPodivm: 2013, p. 236-237).

**12.** A quebra do decoro parlamentar, em especial, pela conduta ilegítima e imoral da malversação da prerrogativa do voto pelo parlamentar, gera ou anuncia crise de representação, impedindo a observância dos princípios do regime democrático.

Na lição de José Afonso da Silva, em referência à Luís Carlos Sáchica:

*“A representação é montada sobre o mito da ‘identidade entre povo e representante popular’ que tende a fundar a crença de que, quando este decide é como se decidisse aquele, que o segundo resolve pelo primeiro, que sua decisão é a decisão do povo;...que, em tal suposição, o povo se autogoverna, sem que haja desdobramento, atividade, relação intersubjetiva entre dois entes distintos; o povo, destinatário das decisões, e o representante, autor, autoridade, que decide para o povo” ( Curso de direito constitucional positivo. 33 ed. Malheiros Editora, 2010. p. 140).*

**13.** Admite-se o reconhecimento de inconstitucionalidade formal no processo constituinte reformador quando eivada de vício a manifestação de vontade do parlamentar no curso do devido processo constituinte derivado, pela prática de ilícitos que infirmam a moralidade, a probidade administrativa e fragilizam a democracia representativa.

**14 .** Entretanto, também é certo que, de acordo com o princípio da presunção de inocência e da legitimidade dos atos legislativos, há de se comprovar que a norma tida por inconstitucional não teria sido aprovada, se não houvesse o grave vício a corromper o regime democrático pela “compra de votos”.

Sem a demonstração inequívoca de que sem os votos viciados pela ilicitude o resultado do processo constituinte reformador ou legislativo teria sido outro, com a não aprovação da proposta de emenda constitucional ou com a rejeição do projeto de lei, não se há declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional ou da lei promulgada.

Deve ser pontuado que, na análise da constitucionalidade de norma jurídica, há questões do contexto fático que não podem ser ignorados pelo julgador para se impedir o desvirtuamento do julgamento.

Por isso se põe, no art. 9º da Lei n. 9.868/1999, a admissão de *amicus curiae* para elucidar a matéria e trazer questões de fato que contribuam para elucidação dos pontos que importam ao julgamento das ações em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Bernardo Gonçalves Fernandes, por exemplo, assevera:

*“Fica claro que o STF, na análise de uma ADI, não trabalha apenas com questões de direito. O STF passa a trabalhar, também, com questões de fato, que não são meramente técnicas, jurídicas. (...) O art. 9º da Lei nº 9.868/99 traz para o Brasil a lógica da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (Peter Haberle). O STF, literalmente, à luz da dicção legal, chama a sociedade para o debate, pois passa a reconhecer que existem outros intérpretes da Constituição que devem participar do jogo de concretização e de densificação da Constituição. Nesses termos, peritos, especialistas e interessados, como o amicus curiae, são chamados a participar da concretização das normas constitucionais. Embora, é bom que se registre, o intérprete oficial continue a ser o STF” (Curso de direito constitucional. 5 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p. 1.125).*

15. No caso examinado, o argumento posto pela autora considera o que decidido por este Supremo Tribunal, no julgamento da Ação Penal n. 470. Nela se comprovou *“amplo esquema de distribuição de dinheiro a parlamentares, os quais, em troca, ofereceram seu apoio e o de seus correligionários aos projetos de interesse do Governo Federal na Câmara dos Deputados”* (Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, DJ 22.4.2013).

Foram, então, condenados sete parlamentares pela participação no que se denominou *“esquema de compra e venda de votos e apoio político”*, apelidado de *“mensalão”*.

16. Releve-se, porém, para deslinde do presente caso, que, mesmo se desconsiderando os votos dos sete parlamentares condenados naquela ação penal, as Emendas Constitucionais ns. 41 e 47, aqui questionadas em sua validade, teriam sido aprovadas em dois turnos com três quintos dos votos em cada Casa do Congresso Nacional, em atendimento ao rígido quórum exigido pela Constituição da República.

A Procuradoria-Geral da República assim se manifestou:

*“Não se pode presumir, sem que tenha havido a respectiva condenação judicial, que outros parlamentares foram beneficiados*

*pelo esquema e, em troca, venderam seus votos para a aprovação da EC 41/2003. Assim, mesmo com a desconsideração dos votos dos sete deputados condenados, os dois turnos de votação da emenda constitucional na Câmara dos Deputados superam o quórum qualificado exigido pela Constituição para sua aprovação” (e-doc. 25, fl. 14).*

O número comprovado de “votos comprados”, na comprovação da ação penal n. 470, não é suficiente para comprometer as votações ocorridas na aprovação das Emendas Constitucionais ns. 41//2003 e 47/2005, pois ainda que retirados os votos viciados, permanece respeitado o quórum de três quintos, necessários à sua aprovação.

É de se ressaltar que no curso do julgamento da ação penal se assentou que não seria possível, pelos elementos probatórios coligidos, precisar quais votações estariam evadidas de vício por quebra de decoro parlamentar decorrente de valores recebidos a influir nas decisões parlamentares.

No contexto do julgamento da Ação Penal n. 470 por este Supremo Tribunal, quando da análise de propostas legislativas, o Ministro Relator, ressaltou em seu voto:

*“(...) o fato de determinado grupo ter-se reunido e ter tido uma motivação ilícita, esse ilicitude, então, não se transmite e não se comunica, necessariamente, para o produto legislativo que, eventualmente, decorra, ainda que parcialmente, dessa motivação espúria”.*

17. Não há, pois, na espécie, inconstitucionalidade formal por vício de decoro parlamentar a ser declarada, por não estar evidenciado que as Emendas Constitucionais ns. 41/2003 e 47/2005 foram aprovadas apenas em razão do ilícito “esquema de compra de votos” de alguns parlamentares no curso do processo de reforma constitucional.

18. Pelo exposto, **voto no sentido de julgar prejudicado o pedido formulado na presente ação quanto à declaração de inconstitucionalidade das normas postas nos incs. I e II do § 7º do art. 40 da Constituição da República e improcedente o pedido para reconhecer válidas as Emendas Constitucionais ns. 41/2003 e 47/2005 à Constituição da República.**