

## MANDADO DE SEGURANÇA 32.033 DISTRITO FEDERAL

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Cuida-se de mandado de segurança, aparelhado com pedido liminar, impetrado pelo Senador da República Rodrigo Sobral Rollemberg, objetivando sustar o andamento do Projeto de Lei nº 4.470/2012 (Câmara dos Deputados), atual PLC nº 14/2013 (Senado Federal), que visa a alterar as Leis nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) e nº 9.504/97 (Lei das Eleições), para estabelecer que a migração partidária ocorrida durante a legislatura não importará a transferência de recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, cognominado “direito de antena”.

Sustenta o Impetrante que tais restrições (quais sejam, acesso aos recursos do fundo partidário e ao direito de antena) configuram ultraje à liberdade de criação de novas agremiações partidárias. Ademais, afirma que a tramitação do projeto de lei (i) possui viés casuístico e visa a atingir destinatários certos na atual legislatura; (ii) esvazia o conteúdo essencial do direito à livre criação de novos partidos e o princípio do pluralismo político, notadamente nos termos preconizados pelo STF nos autos da ADI nº 4.430; (iii) aniquila os novos movimentos políticos; (iv) ofende o princípio de igualdade de chances entre os partidos políticos, ainda que permita certa gradação de tratamento diferenciado; e (v) estabelece discriminação odiosa, ao criar as figuras de parlamentares de *primeira* e de *segunda* classe.

Em suas informações de estilo, o Presidente do Senado Federal aduziu, preliminarmente, a inadequação da via eleita. No mérito, asseverou a inexistência de ultraje à Constituição de 1988. Ademais, afirmou que o tema versado no projeto de lei ostenta natureza eminentemente política, de competência, portanto, exclusiva do Congresso Nacional. Por fim, articula que os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade não alcançam as

deliberações legislativas.

A seu turno, o Presidente da Câmara dos Deputados prestou informações, alegando (i) a tramitação regular do projeto de lei questionado, observados os ditames constitucionais e regimentais, (ii) que, em 16 de abril de 2013, foi aprovado pela maioria absoluta dos membros da Câmara, com 259 votos favoráveis, o Requerimento de Urgência nº 7.494, de 2013, para tramitação do aludido projeto e (iii) que, em 23 de abril, seguinte, o projeto foi aprovado definitivamente em Sessão Deliberativa Extraordinária, seguindo para votação no Senado.

Em 24.04.2013, a liminar foi deferida pelo Rel. Min. Gilmar Mendes para suspender a tramitação do PLC nº 14/2013 até o julgamento de mérito do *mandamus*.

Também foram admitidos para ingressar no feito, na qualidade de amici curiae, o PSTU, o PPS, a Rede de Sustentabilidade e o Senador Pedro Taques.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento da impetração e pela concessão da ordem.

Na assentada passada, todavia, a então Vice-Procuradora-Geral da República divergiu do parecer inicialmente exarado, opinando pela denegação do pedido deduzido neste *writ*.

Em 11.06.2013, o Procurador-Geral da República atravessou petição nos presentes autos em que ratifica os argumentos expendidos no primeiro parecer ministerial.

É o relatório. Decido.

## **I. PRELIMINAR**

Preliminarmente, verifico de plano a legitimidade ativa *ad causam* do Impetrante para deduzir a pretensão veiculada nesta ação mandamental, na esteira da remansosa jurisprudência desta Corte quanto à existência de direito público subjetivo do parlamentar ao devido processo legislativo (Precedentes: MS nº 20.257, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 08/10/1980, DJ de 27.02.1981; MS nº 21.642, rel. Min. Celso de Mello, RDA

191/200; MS nº 21.303, Min. Octavio Galloti; MS nº 24.356, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 13/02/2003, DJ 12.09.2003; e MS nº 24.642, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 18/02/2004, DJ 18.06.2004).

É cediço que o parlamentar, fundado na sua condição de co-partícipe do procedimento de formação das normas estatais, dispõe, por tal razão, da prerrogativa irrecusável de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela Casa legislativa, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam, no domínio material ou no plano formal, a atividade de posituação dos atos normativos (MS nº 23.565, rel. Min. Celso de Mello, j. 10/11/1999, DJ 17.11.1999).

Conheço, pois, do presente *mandamus* e procedo ao exame do mérito.

## **II. MÉRITO**

### **II.1. Premissas Teóricas**

A controvérsia travada nestes autos, tal qual ocorreu no MS nº 31.816 de minha relatoria (Apreciação do Veto nº 38/2012 – PL dos Royalties), atinge o cerne da teoria constitucional em um Estado Democrático de Direito na medida em que conclama que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie sobre a validade jurídica do processo de elaboração das leis, núcleo fundamental da atuação política exercida pelos representantes do povo. Indispensável, por tal motivo, uma incursão, ainda que breve, sobre os limites da atuação do Poder Judiciário em um regime democrático.

Os ideais da democracia e do constitucionalismo não obstante caminhem lado a lado vez por outra revelam uma tensão latente entre si. É que, de um lado, a democracia, apostando na autonomia coletiva dos cidadãos, preconiza a soberania popular, que tem no princípio majoritário uma de suas mais importantes dimensões, tal qual preleciona Robert Dahl. De outro lado, o constitucionalismo propugna pela limitação do poder através de sua sujeição ao direito, o que impõe obstáculos às deliberações do povo. Como bem destacou Vital Moreira, ao afirmar que “(...) por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão e da

*autonomia da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da maioria de cada momento, e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático. (...) O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático”* (MOREIRA, Vital. *Constituição e Democracia*. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.) *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 272).

Essa aparente contradição entre os valores albergados pelo Estado Democrático de Direito impõe um dever de cautela redobrado no exercício da jurisdição constitucional. Com efeito, certo é que os tribunais não podem asfixiar a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais de magistrados não eleitos pelo povo, como, aliás, testemunhado pela história constitucional norte-americana durante a cognominada Era da Lochner (1905-1937), período em a Suprema Corte daquele país freou a implantação do Estado social a partir de uma exegese inflacionada da cláusula aberta do devido processo legal (CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 630-645).

Nesse sentido, a Constituição não pode ser vista como repositório de todas as decisões coletivas, senão apenas dos lineamentos básicos e objetivos fundamentais da República. Deve-se, portanto, rechaçar qualquer leitura maximalista das cláusulas constitucionais que acabe por amesquinhar o papel da política ordinária na vida social. É esse o magistério de Dieter Grimm:

A Constituição estrutura a ação política organizando-a, guiando-a, limitando-a. Mas ela não regula a ponto de a política estar reduzida à mera execução de ordens constitucionais. Dentro da moldura constitucional, os órgãos políticos estão livres para fazer as escolhas que, de acordo com seu ponto de vista, o bem comum exige. A eleição decide qual dos pontos de vista em competição é o preferido pela sociedade e qual o grupo político deve, dessa forma, liderar as posições no Estado e executar seu programa político. A seu turno, as Cortes,

especificamente as Cortes Constitucionais, são chamadas a controlar se os outros ramos de poder, ao definir, concretizar e implementar os objetivos políticos agiram de acordo com os princípios constitucionais e não ultrapassaram os limites constitucionais

[Do original: The constitution structures political action by organizing, guiding and limiting it. But it does not regulate it to an extent which would reduce politics to mere execution of constitutional orders. Within the framework of the constitution the political organs are free to make those choices which, according to their view, the common best requires. The election decides which of the competing views is preferred by society and which political group may therefore fill the leading positions in the state and carry out its political program. By contrast, courts and especially constitutional courts, are called to control whether the other branches of government, in defining, concretizing and implementing the political goals, have acted in accordance with the constitutional principles and not transgressed the constitutional limits ]. (GRIMM, Dieter. Constitution Adjudication and democracy. *Israel Law Review* , vol. 33, 1999, p. 210).

Sem embargo, não se pode perder de mira que a Constituição representa autêntica norma jurídica, dotada de força cogente, vocacionada a conformar condutas e apta a ensejar consequências pelo seu descumprimento. De há muito as Constituições deixaram de ser vistas como mera folha de papel, como sugeria Ferdinand Lassale (*A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988), para assumir a posição de centralidade no sistema jurídico, enquanto definidora dos cânones estruturantes do Estado de Direito.

A efetividade da Constituição depende, em grande medida, da atuação das cortes, as quais, embora não monopolizem a sua interpretação, como ensina o jurista alemão Peter Häberle (*Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. tradução de

Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002), têm como função precípua fiscalizar a observância e zelar pelo respeito das limitações constitucionais, cuja própria existência, como apontava Alexander Hamilton, “somente pode ser preservada por meio do Judiciário, cuja função deve ser a de declarar nulos todos os atos contrários ao conteúdo manifesto da Constituição. Sem isso todos os direitos e prerrogativas não significariam nada” (tradução livre do original: [By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no *ex post facto* laws, and the like. Limitations of this kind] can be preserved in practice in no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing]. (HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, nº LXXVIII. Nova Iorque: Scribner, Armstrong, 1876, p. 541).

Eis o desafio da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito: não ir *além* da sua missão, nem ficar *aquém* do seu dever. Na lição irretocável de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, *de um lado, deve-se reconhecer o importante papel do Judiciário na garantia da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. Mas, de outro, cumpre também valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes judiciais, em fóruns como os parlamentos e nas reivindicações da sociedade civil que vêm à tona no espaço público informal* (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240).

Firmadas essas premissas teóricas, passa-se ao deslinde da controvérsia.

No caso *sub examine*, pretende o Impetrante suspender a tramitação do PLC nº 14/2013, porquanto violaria o seu direito líquido e certo a um hígido processo legislativo constitucional. A seu juízo, o PLC nº 14/2013, ao determinar que a migração partidária ocorrida durante a legislatura não importará a transferência de recursos do fundo partidário e não

assegurará o “*direito de antena*”, esvazia o conteúdo essencial do direito à livre criação de novos partidos e do princípio do pluralismo político, notadamente nos termos consignados por esta Suprema Corte na ADI nº 4.430.

Ocorre que a pretensão veiculada neste *writ* possui uma questão prévia a ser enfrentada: **consiste em saber se é legítimo e recomendável, à luz do desenho institucional delineado pelo constituinte de 1988, em especial no tocante ao controle de constitucionalidade das leis, que o Supremo Tribunal Federal realize, em juízo preventivo, o exame da compatibilidade material de um Projeto de Lei com o texto da Constituição da República, notadamente as cognominadas cláusulas superconstitucionais (“cláusulas pétreas”).**

**II.2. Breve inventário da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do controle preventivo de constitucionalidade de projetos de leis ou de proposta de emendas à Constituição por ofensa às cláusulas pétreas**

Para tanto, cumpre proceder a um breve inventário da jurisprudência da Corte no que tange às violações do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo que veicule proposição tendente a abolir cláusulas pétreas.

Sob a égide da Constituição de 1967/1969, o Supremo Tribunal Federal julgou o MS nº 20.257/DF, Rel. Min. Décio Miranda, redator para o acórdão o Ministro Moreira Alves, Plenário, DJ 27.02.1981, em que parlamentares federais (no caso Senadores da República) postulavam o trancamento de Proposta de Emenda àquela Constituição, que aumentava ao tempo de duração do mandato de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores municipais de dois para quatro anos, por ultraje às cláusulas pétreas da República e da Federação (CF 1967/1969, art. 47, § 1º). Naquela assentada, a despeito de o *mandamus* ter sido conhecido, o Min. Moreira Alves, em seu voto-vista, acolhido pela maioria do Tribunal, consignou expressamente que **“não admito mandado de segurança para impedir a**

*tramitação de projeto de lei ou de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois que o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo de lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra.”.*

De forma expressa e categórica, o Ministro Moreira Alves rejeitou a possibilidade de se efetuar controle preventivo material de constitucionalidade, porquanto, em tais situações, o Poder Legislativo estaria agindo dentro seu espaço constitucionalmente legítimo de atuação. De sorte que a ingerência do Poder Judiciário, antes do advento da edição da lei ou da emenda, representaria ultraje ao postulado da independência e harmonia entre os poderes.

A única ressalva feita pelo Ministro Moreira Alves na ocasião se relacionava com as hipóteses em que a própria Constituição interditou a atuação do legislador quando do processo de deliberação da lei ou da emenda. Em suas palavras, “*diversa, porém, são as hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do art. 57) ou a sua apresentação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-as taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto de lei ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.”.*

De fato, o Ministro Moreira Alves vislumbrou situações as quais



seria legítima a fiscalização prévia acerca do conteúdo de projetos de lei ou de propostas de emenda pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, não é possível extrair do voto do Ministro Moreira Alves um doutrina ampla e abrangente, como pretendem alguns, de controle prévio de constitucionalidade material de projetos de lei ou de propostas de emenda quando tendentes a abolir cláusulas pétreas. Na realidade, a conclusão é diametralmente oposta: onde o constituinte quis limitar, assim o fez, mencionando expressamente a espécie normativa (*i.e.*, lei ou emenda constitucional) cujo processamento estaria vinculado.

Em outro precedente, ainda sob a égide da Carta de 1967/1969 (MS nº 20.452/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho, Plenário, DJ 11.10.1985), em que se questionava a votação da PEC nº 5/1983 (Emenda Dante de Oliveira), o Tribunal denegou a segurança, por não ter vislumbrado, *in casu*, qualquer ofensa ao quórum de votação. Note-se que neste precedente a discussão gravitou em torno de suposto vício formal, o que não aplica à espécie.

Na fase pós-Constituição de 1988, a Suprema Corte examinou o MS nº 22.503/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, DJ 06.06.1997, em que se aduzia ofensa ao art. 60, § 5º, da Lei Fundamental, na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados reapresentou, na mesma sessão legislativa, proposta de emenda constitucional do Poder Executivo (PEC nº 33-A/1995). O Min. Marco Aurélio deferiu o pleito sem aludir a qualquer vício de cariz substancial, limitando-se a examinar o *fumus boni iuris* sob o ângulo formal. Na decisão final de mérito, todavia, a Corte revogou a liminar e indeferiu a segurança, na parte conhecida.

Ao que interessa ao presente caso, e sem adentrar nas minúcias do caso concreto (*e.g.*, em que restou assentado que a rejeição de substitutivo não atrai a incidência do limite temporal do art. 60, § 5º, da CRFB/88, não impedindo o prosseguimento da votação no tocante ao projeto original encaminhado pelo Poder Executivo, dentre outras), certo é que, mais uma vez, se trata de controle preventivo formal de constitucionalidade, não sendo de qualquer valia para o deslinde do caso em tela.

**É inelutável a conclusão a que se chega depois desse inventário jurisprudencial: inexistente precedente na Corte autorizando, de forma**

**expressa e categórica, o controle preventivo de constitucionalidade de projeto de lei por vício material, ainda que supostamente tendente a abolir cláusula pétrea.**

Em suma, diversamente do que propugnado por alguns, não é praxis jurisprudencial da Corte realizar controle preventivo de projeto de leis por ofensa às cláusulas superconstitucionais, cognominadas “cláusulas pétreas”.

Reconheço, todavia, que o fato de não existir jurisprudência sobre a temática ora debatida não significa qualquer proibição de exame material do projeto de lei ora atacado. Deveras, o inventário buscou apenas e tão somente desmistificar alguns dogmas reproduzidos acriticamente, no sentido de que existe um entendimento consolidado no Tribunal no tocante ao controle preventivo de constitucionalidade por vício material.

Nada obstante isso, reputo que a fiscalização *a priori* de projetos de lei por suposta ofensa às cláusulas pétreas é *incompatível*, sob o ponto de vista *descritivo*, com o desenho institucional do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, como também *não é recomendável*, sob o enfoque *prescritivo*.

**II.3. Incompatibilidade com o sistema constitucional de controle de constitucionalidade**

Do ponto de vista *descritivo*, quatro são os argumentos que amparam a incompatibilidade de se proceder ao controle preventivo de constitucionalidade, nas hipóteses em que o projeto de lei supostamente veicular matérias tendentes a abolir as cláusulas pétreas: (i) argumento literal ou textual, (ii) argumento ontológico, (iii) deturpação do sistema constitucional de controle de constitucionalidade, tornando o modelo preventivo a regra, e, especificamente aplicável à espécie, (iv) os efeitos vinculantes não alcançam o Poder Legislativo, em sua função típica legiferante. Vejamos como se desenvolvem, separadamente, cada um destes argumentos.

O argumento *literal* ou *textual* é o primeiro que, a meu juízo,

desautoriza o exercício de um controle substantivo prévio de constitucionalidade, de modo a suspender projetos de lei que veiculem normas que atentem contra as cláusulas pétreas. Isso porque o art. 60, § 4º, da Constituição de 1988 é categórico ao afirmar que “*não serão admitidas propostas de emenda tendentes a abolir (...)*”, não fazendo qualquer alusão a projetos de lei ou outras espécies normativas. Mas não é só. Topograficamente, o art. 60, § 4º, da CRFB/88 se localiza na Subseção atinente às emendas constitucionais (Subseção II da Seção VIII do Capítulo I do Título IV), que não se aplica, por razões óbvias, aos projetos de lei. Caso o constituinte pretendesse emprestar o mesmo regime jurídico às propostas de emendas à Constituição e aos projetos de lei, não teria apartado o regramento de tais espécies normativas primárias. Na realidade, há uma disciplina normativa específica para cada uma delas. Mais que isso, quando quis utilizar um tratamento normativo parecido entre ambos os atos normativos, assim o fez, como no art. 60, § 5º (“*Art. 60 § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.*”) e no art. 67 (“*Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.*”). E esta técnica legislativa, repisa-se, não foi empregada no tocante ao exame de projetos de lei. Ou seja: inexistente norma constitucional expressa que se assemelhe ao art. 60, § 4º, da Constituição, prevendo a possibilidade de controle prévio, sob o prisma material, de projetos de lei. Há mais, porém.

Ainda que se considere insuficiente o argumento literal, sob a justificativa de que, se o poder constituinte derivado reformador está limitado pelas cláusulas superconstitucionais, *a fortiori* também restariam vinculados os projetos de lei, também não assiste razão ao Impetrante. Aqui, exsurge o argumento ontológico.

É intuitivo que existe uma diferença entre a elaboração ou alteração de uma Constituição e a mera confecção de leis ordinárias. Trata-se do fenômeno que o professor da Yale Law School Bruce Ackerman intitula

de *dualismo constitucional*. (ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: The Bleknap University Press, 1991, v. 1, p. 3-33). No caso brasileiro, por exemplo, a Constituição de 1988 foi promulgada em um ambiente de ampla mobilização popular. Havia entre 1987/1988 um “*momento constitucional*”, para valer-me de uma expressão também cunhada por Ackerman. Nada obstante isso, o constituinte de 1988 foi extremamente prudente e cauteloso ao prever os mecanismos de alteração e reforma do texto constitucional, notadamente em razão da falibilidade humana (LUTZ, Donald. *Toward a Theory of Constitutional Amendment*. In: LEVINSON, Sandford. *Responding to Imperfection – The theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 239-240), bem assim ante a especial necessidade de adaptar a Constituição à realidade subjacente e, conseqüentemente, evitar indesejadas rupturas institucionais. Contudo, o constituinte de 1988 retirou do tráfico jurídico alguns valores que considerou caros à sociedade brasileira, com vistas a manter a identidade deste pacto originário, limitando a atividade do poder de reforma da constituição, que somente poderão tratar do tema se não afetar o núcleo essencial destas cláusulas de proteção (“*cláusulas pétreas*”). É dizer, as cláusulas pétreas exsurtem como salvaguarda dos parâmetros constitucionais de controle da atuação do legislador ordinário considerados mais relevantes dentro do “*momento constitucional*”. Por outro lado, em momentos de *política ordinária*, em que os representantes do povo, investidos pelo batismo popular, atuam em seu nome, o que se está em jogo é concretização da vontade do constituinte originário, e não alteração de um parâmetro constitucional. Não há identidade do pacto originário a ser preservada pelo legislador. E dentro do juízo de conveniência e oportunidade política devem ser admitidos todos os argumentos, sob pena de restringir o debate público e, no limite, descaracterizar a própria atividade parlamentar. Daí por que o constituinte não previu qualquer mecanismo prévio de controle de constitucionalidade sobre projetos de lei, ainda que supostamente atentatórios às cláusulas pétreas. A regra, em nosso controle judicial de constitucionalidade, é que não seja asfixiado o

debate na origem e eventuais transgressões à ordem constitucional vigente serão examinadas após o aperfeiçoamento do ato legislativo.

Em termos mais claros: as cláusulas pétreas vinculam o poder constituinte derivado reformador apenas e tão somente para salvaguardar a identidade do pacto originário, *i.e.*, dos parâmetros constitucionais, considerados relevantes em um momento constitucional. Isso não ocorre quando da atuação do legislador ordinário, cuja função precípua é concretizar diuturnamente os comandos constitucionais. Ao realizá-la, os agentes políticos não podem sofrer limitações prévias de cunho material, ao risco de se comprometer a própria atividade do legislativo.

Um terceiro argumento, e umbilicalmente ligado ao anterior, pode ser invocado contra a suspensão do PLC nº 14/2013. Trata-se de reconhecer que, se se admite o controle prévio do mencionado projeto de lei por suposta ofensa às cláusulas pétreas, estar-se-ia subvertendo a sistemática atual do controle de constitucionalidade, que tem no modelo repressivo ou *a posteriori* a sua regra. É dizer, somente se autoriza o juízo preventivo de inconstitucionalidade de um projeto de lei, sob bases excepcionais. Esse é o desenho institucional delineado pelo constituinte de 1988.

Com efeito, o controle judicial de constitucionalidade, desde a sua origem no direito brasileiro, ocorre, via de regra, após a edição da lei ou do ato normativo. Caso se considere que este PLC nº 14/2013 ofende cláusulas superconstitucionais, e por tal razão, deve ser determinado o seu arquivamento, o STF modificará esta sistemática e, no médio e longo prazo, ter-se-á uma enxurrada de mandados de segurança, postulando a suspensão da tramitação de projetos de lei que supostamente teriam violado o direito líquido e certo dos parlamentares a um hígido devido processo legislativo constitucional.

Com isso não se quer afirmar que os parlamentares devam ser subservientes às violações perpetradas dentro de suas Casas Legislativas. Muito pelo contrário. Devem os parlamentares, quando inobservadas as regras procedimentais, constitucionais ou regimentais, concernentes ao

processo legislativo pugnar judicialmente pela sua nulidade. Tal afirmação não implica, contudo, que o Poder Judiciário se arvore no direito de declarar a inconstitucionalidade de projetos de lei por vícios materiais (ofensa às cláusulas pétreas), suprimindo o indispensável e salutar debate parlamentar.

*Não bastasse isso*, há ainda uma singularidade na espécie. Segundo alega o Impetrante, o PLC nº 14/2013 teria supostamente esvaziado o conteúdo essencial do direito à livre criação de novos partidos e o princípio do pluralismo político, notadamente nos termos preconizados pelo STF nos autos da ADI nº 4.430. Ocorre que trasladar os fundamentos consignados naquela assentada para o caso *sub examine* implica estender os efeitos vinculantes, em uma decisão proferida em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ao Poder Legislativo, o que não se revela possível, consoante abalizado magistério doutrinário de Gilmar Mendes e de Ives Gandra (*Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 526-529). De efeito, tanto a Constituição, em seu art. 102, § 2º, quanto a Lei nº 9.868/99, em seu art. 28 § único, dispõem que a eficácia *erga-omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade somente alcançam aos órgãos da Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário, com o nítido propósito de impedir a petrificação da interpretação constitucional. No mesmo sentido é a jurisprudência remansosa da Corte, que afirma ser possível a edição de nova lei com idêntico conteúdo, sem incorrer em inconstitucionalidade. Colaciono, por oportuno, alguns precedentes do Plenário:

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia *erga omnes*, nem pelo efeito vinculante da decisão

cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. **A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão** (Rcl-AgR nº 2.617/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 23.02.2005)

EMENTA: I. Reclamação: **cabimento para garantir a autoridade das decisões do STF no controle direto de constitucionalidade de normas: hipóteses de cabimento hoje admitidas pela jurisprudência (precedentes), que, entretanto, não abrangem o caso da edição de lei de conteúdo idêntico ou similar ao da anteriormente declarada inconstitucional, à falta de vinculação do legislador à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente, que há de ser objeto de nova ação direta.** II. Medida cautelar: implausibilidade da arguição de inconstitucionalidade fundada na concessão de cautelar em outra ação direta sobre lei similar, que, no entanto, a decisão definitiva veio a declarar constitucional (ADIn 1591). III. Concurso público: não contraria a exigência do concurso público a criação de carreira por fusão de carreiras precedentes: o que pode afrontá-la é a forma de provimento dos cargos da carreira nova pelos integrantes das carreiras anteriores. (ADI nº 1.850 MC/RS Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 27.04.2001)

EMENTA: Lei nº 2.130, de 16 de junho de 1993, do Estado do Rio de Janeiro. Pedido de suspensão de sua eficácia manifestado por meio de reclamação, sob alegação de tratar-se de reprodução de lei anterior (nº 1.914, de 1991), da mesma unidade federada, cujos efeitos foram suspensos pelo Supremo

Tribunal Federal, na ADIn nº 669. Reclamação convertida em ação direta de inconstitucionalidade, na forma de precedentes do STF (ADIn nº 864, Relator Ministro Moreira Alves), com deferimento de nova cautelar, face à subsistência das razões determinantes da provisória privação dos efeitos da lei reproduzida. Medida liminar deferida. (ADI nº 907 MC/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Plenário, DJ 03.12.1993)

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Medida liminar. - A presente ação direta diz respeito a lei do Estado do Rio Grande do Sul - a de n. 9.844, de 24 de março de 1993 - cujo conteúdo abrange parcialmente a do artigo 5. da Lei 9.265, de 13.06.91, do mesmo Estado, do qual a eficácia ficou suspensa em virtude do deferimento do pedido de liminar na ADIn. n. 546. - Em casos como este, cabível e outra ação direta de inconstitucionalidade, e não reclamação. Diferença entre eficácia "*erga omnes*" e efeito vinculante. - Ocorrência, no caso, de relevância jurídica e de "*periculum in mora*", bem como de conveniência da suspensão cautelar requerida. Ação conhecida como direta de inconstitucionalidade, deferindo-se o pedido de liminar, para suspender, até decisão final, os efeitos da Lei n. 9.844, de 24.03.93, do Estado do Rio Grande do Sul. (ADI nº 864 MC/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ 17.09.1993)

EMENTA: RECLAMAÇÃO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - GARANTIA DA AUTORIDADE DE DECISÃO DO STF - CABIMENTO - INOCORRENCIA DO DESCUMPRIMENTO ALEGADO - PEDIDO INDEFERIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de utilização, ainda que em caráter excepcional, da via reclamatória como instrumento processual idôneo de preservação da autoridade decisória dos julgados proferidos em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. - A instauração do controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal não impede que o Estado venha a dispor, em novo ato legislativo,



sobre a mesma matéria versada nos atos estatais impugnados, especialmente quando o conteúdo material da nova lei implicar tratamento jurídico diverso daquele resultante das normas questionadas na ação direta de inconstitucionalidade. (Rcl nº 467/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ 09.12.1994)

No mesmo sentido as seguintes decisões monocráticas: Rcl nº 14.156 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 05.04.2013; Rcl nº 13.019 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15.05.2012; Rcl 5.442 MC/PE, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06.09.2007; Rcl 4.270/RN, Rel. Min. Eros Grau, DJ 25.04.2006; Rcl 4.137/RN, Rel. Min. Eros Grau, DJ 20.03.2006; Rcl 4.156/SC, Rel. Min. Eros Grau, DJ 20.03.2006.

Deste modo, resta defeso transplantar a fundamentação e racionalidade desenvolvidas nos autos da ADI 4.430, Rel. Min. Dias Toffoli, para o caso vertente, uma vez que, aí sim, aniquilaria o robusto debate parlamentar. A propósito, demarque-se ser *juridicamente* possível e *politicamente* recomendável a correção legislativa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É que o STF não detém o monopólio da interpretação constitucional, que também deve ser concretizada pelos demais agentes políticos (parlamentares, membros do Poder Executivo, sociedade civil etc.), naquilo que se convencionou denominar de sociedade aberta aos intérpretes da Constituição. Em julgado recente, inclusive, esta Suprema Corte reviu seu posicionamento acerca da Súmula nº 726, nos autos da ADI nº 3.772/DF, de Rel. Min. Ayres Britto, redator para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 27.03.2009. A referida súmula dispunha que “*para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.*”. No julgamento da ADI nº 3.772/DF, na linha do voto capitaneado pelo Min. Ricardo Lewandowski, assentou a constitucionalidade das alterações feitas pela Lei nº 11.301/2006, que passou a considerar o serviço prestado fora de sala de aula para fins de contagem de aposentadoria, mercê do art. 40 § 5º da CRFB/88, ou seja, em sentido diametralmente oposto à jurisprudência até então consolidada. Alguém poderia cogitar que os valores em jogo se encontram em posições

hierárquicas distintas: o pluralismo político, à livre criação de novos partidos políticos e a isonomia de chances entre as agremiações partidárias gozariam de maior prestígio dentro do ordenamento constitucional, ao passo que a simples consideração acerca do exercício de uma atividade como tempo de serviço para fins de aposentadoria teria um *substatus*, por assim dizer. Tal raciocínio, porém, não subsiste ao escrutínio acima desenvolvido, no sentido de que o texto constitucional não procede à valoração de conteúdos de projetos de lei no intuito de realizar um controle prévio judicial de constitucionalidade. Pode, sim ser realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça, no seio do Poder Legislativo, e pelo veto jurídico, exercido pelo Presidente da República. Reputo, por isso, como ilegítima e incompatível com o nosso desenho institucional engendrado pelo constituinte de 1988 qualquer forma de controle prévio material de constitucionalidade de projeto de lei, ainda que supostamente atentatório às cláusulas pétreas.

#### **II.4. Inconvenientes de se proceder ao controle preventivo de Projetos de Leis por ofensa a supostas cláusulas pétreas**

Sob o prisma *prescritivo*, também considero não *recomendável* a concessão da segurança. Duas são as minhas razões.

Em primeiro lugar, examinando a questão por um viés *consequencialista*, a concessão da ordem produzirá efeitos deletérios tanto para a atividade parlamentar quanto para a atividade do Supremo Tribunal Federal. É que todo parlamentar que, a partir de agora, se opuser ao conteúdo de determinada proposição legislativa, por vislumbrar ofensa a uma cláusula pétrea, demandará a jurisdição desta Corte pela via do mandado de segurança. Se hoje o Tribunal atue como uma espécie de terceiro turno das rodadas parlamentares, em se admitindo o controle material prévio de constitucionalidade de projetos de lei, passará a ocupar o papel que cabe, constitucionalmente, ao Poder Legislativo. Haveria, assim, um aumento exponencial no número de ações e, paulatinamente, o controle judicial repressivo, até então a regra

no nosso sistema de controle de constitucionalidade, cederá espaço ao controle judicial preventivo. Penso que o melhor dos caminhos não passa por essa possibilidade.

Ademais, e em segundo lugar, a não suspensão do trâmite do PCL nº 14/2013 se revela uma medida de *respeito* e *deferência* ao Poder Legislativo. De efeito, um *standard* de atuação legítimo do Poder Judiciário reside justamente na manutenção e adequado funcionamento das instituições democráticas. Assim, como bem adverte John Hart Ely, o Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger direitos e valores diretamente relacionados com o funcionamento da democracia. (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980). Ocorre que, acolher o pedido deduzido pelo Impetrante, de sorte a suspender a tramitação do PLC nº 14/93, é extinguir o debate. E isso não pode ser tolerado e não é o que se espera de uma Corte Constitucional. Se, por um lado, é legítimo admitir uma atuação menos contida pelo Poder Judiciário para assegurar os direitos individuais indispensáveis para a participação popular no procedimento democrático de tomada de decisões, por outro lado, o Poder Judiciário não pode antecipar o desfecho de um debate parlamentar. É no Parlamento, e não no Poder Judiciário, que as discussões públicas devem ocorrer por excelência. Não se trata de um argumento acaciano, mas, ao revés, de um postulado ínsito à democracia, que não pode ser negligenciado. No caso vertente, não se sabe se o projeto de lei será arquivado, alterado ou aprovado. A questão deve permanecer em discussão, sob pena de um paternalismo judicial ou, para utilizar uma expressão bastante em voga, uma *supremocracia*. Na realidade, tutelar o direito dos parlamentares de oposição, diversamente do que abreviar a discussão, como pretende o Impetrante, é permitir que os debates sejam realizados de forma republicana, transparentes e com os canais de participação aberto a todos o que queiram deles participar. Esse sim é o modelo de atuação legislativa legítima, tal qual concebido por John Hart Ely.

Neste ponto, uma postura de deferência com relação à declaração de

invalidez de proposições legislativas por ofensa às cláusulas pétreas indica que o Poder Judiciário mantém uma postura dialógica com o Poder Legislativo, não se arvorando como detentor da última palavra em matéria de interpretação constitucional. Em verdade, a Constituição outorga ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sob o prisma formal. Em uma perspectiva sociológica e da ciência política, todavia, a decisão judicial apenas fecha uma rodada de deliberações, ao mesmo tempo que oferece um *input* aos demais atores políticos (Legislativo, Executivo, sociedade civil etc.) que permanecerão discutindo a questão em novas rodadas procedimentais. Tal como leciona o professor de Direito Constitucional da USP Conrado Hübner Mendes, esta Suprema Corte pode, e deve, de modo proposital e responsável, atuar como um “*catalisador deliberativo*”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática em “*produzir boas decisões*” (MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 212), o que não ocorrerá caso se suspenda a tramitação do PLC ora atacado. Perfilhando similar entendimento, a jurista canadense Christine Bateup preleciona que o uso judicial das *virtudes passivas* promove o diálogo constitucional por propiciarem aos poderes políticos de governo, em conjunto com a sociedade, a oportunidade de debater e resolver questões constitucionais divisoras por meio de canais democráticos. (BATEUP. Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71 (3), 2006, p. 1.132).

Destarte, por toda a linha de argumentação desenvolvida até o momento, a solução que melhor se apresenta *in casu* é aquela que prestigia a deliberação parlamentar do PLC nº 14/2013. Ela é a que, a um só tempo, prestigia o desenho institucional delineado pelo constituinte de 1988 e promove de forma mais satisfatória os postulados democráticos, sem asfixiar o âmbito de atuação constitucionalmente assegurado ao Poder Legislativo.

*Ex positis*, conheço do *writ*, e, no mérito, voto pela denegação da ordem.