



SENADO FEDERAL
Advocacia

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES,
RELATOR DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.033**

A **MESA DO SENADO FEDERAL**, por intermédio da Advocacia do Senado Federal, nos termos do disposto na Resolução nº 9 de 1997 e no Ato da Comissão Diretora nº 5, de 2008, com fundamento no art. 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, vem à presença de Vossa Excelência interpor o presente **AGRAVO REGIMENTAL**, contra a decisão que deferiu a liminar postulada pelo Senador RODRIGO SOBRAL ROLLEMBERG, para determinar a suspensão da tramitação do PLC nº 14/013, pelas seguintes razões:

II – SÍNTESE DO MANDADO DE SEGURANÇA

Trata-se de decisão liminar prolatada nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA nº 32.033 pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, GILMAR MENDES, Relator da matéria que trancou, *ex nunc*, a tramitação Projeto de Lei nº 14/2013, ao estabelecer que “a migração partidária que ocorrer durante a legislatura não importará na



SENADO FEDERAL
Advocacia

transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”.

Entendeu o D. Relator que a proposição configura “aparente tentativa casuística de alterar as regras para criação de partidos na corrente legislatura, em prejuízo de minorias políticas e, por conseguinte, da própria democracia e [vislumbrou na espécie] (iii) contradição entre a proposição em questão e o teor da Constituição Federal de 1988 e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4430; (...) e [à vista de] possível violação do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional (...) [deferiu] o pedido de liminar para suspender a tramitação do PLC 14/2013, até o julgamento de mérito do presente mandado de segurança”.

III – DAS RAZÕES PARA A REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA

III.1) Inadequação da via eleita.

Não pode prosperar a decisão proferida nestes autos e que concedeu a liminar para suspender a tramitação do PLC 14/2013, até o julgamento de mérito do presente mandado de segurança, porquanto o Mandado de Segurança não é sucedâneo de Ação Direta de Inconstitucionalidade e não se presta ao controle concentrado de constitucionalidade.

Dispõe o art. 1º da Lei nº 12.016/2009:

“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.



SENADO FEDERAL
Advocacia

No caso vertente o mandado de segurança não é meio cabível para atender à pretensão do impetrante, uma vez que pretende o autor a declaração de inconstitucionalidade do Projeto de lei em função de possível contradição entre a proposição legislativa, o teor da Constituição Federal de 1988 e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4430, em claro controle concentrado de constitucionalidade, o que se coaduna com o instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ora, decisões reiteradas deste Supremo Tribunal Federal já acentuaram, por mais de uma vez, a inviabilidade do emprego do *writ* mandamental como instrumento de controle abstrato da validade constitucional das leis, atos normativos em geral e de ações ou omissões estatais:

“É plena a insindicabilidade, pela via jurídico- -processual do mandado de segurança, de atos em tese, assim considerados os que dispõem sobre situações gerais e impessoais, têm alcance genérico e disciplinam hipóteses que neles se acham abstratamente previstas. O mandado de segurança não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade nem pode substituí-la, sob pena de grave deformação do instituto e inaceitável desvio de sua verdadeira função jurídico-processual.” (RTJ 132/189, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

“I. (...) Todavia, se o decreto tem efeito normativo, genérico, por isso mesmo sem operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo, então contra ele não cabe mandado de segurança, já que, admiti-lo, seria admitir a segurança contra lei em tese, o que é repellido pela doutrina e pela jurisprudência (Súmula nº 266).

II. - Mandado de segurança não conhecido.”

(RTJ 138/756, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

Pelo exposto, verifica-se a inadequação da via eleita para a tutela que busca alcançar o impetrante, utilizando-se do *writ* como sucedâneo da Ação Direta de Inconstitucionalidade, esta sim cabível



SENADO FEDERAL
Advocacia

para a impugnação de proposição legislativa geral e abstrata, acoimada em vício de inconstitucionalidade.

III.2) Limites da jurisdição constitucional. Legitimidade da intervenção do Supremo Tribunal Federal – STF. *Self-restraint*. Inexistência de violação frontal do texto constitucional. Decisão de natureza política. Competência constitucional do Congresso Nacional.

Neste tópico, pretende-se revisitar a legitimidade da jurisdição constitucional enquanto instância revisora das decisões políticas democraticamente tomadas pelo Poder Legislativo, que é o intérprete primeiro do texto constitucional e, certamente, o mais representativo da pluralidade e da complexidade das sociedades contemporâneas.

A análise crítica da jurisdição constitucional não pode desconsiderar que o direito constitucional dos países ocidentais sofreu significativa transformação nas últimas décadas. Essas modificações podem ser estudadas a partir de três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Na Europa ocidental, o marco histórico foi o constitucionalismo do pós-guerra, que redefiniu o papel da Constituição e sua influência nas demais instituições. A aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia fez surgir uma nova forma de organização política denominada Estado Democrático de Direito. No Brasil, o marco histórico assenta-se na redemocratização e na elaboração e promulgação da Constituição da República de 1988.¹

¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direito constitucional: teoria geral da constituição**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. p. 143-195, p. 145-157.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Como marco filosófico, tem-se o pós-positivismo², consubstanciado na superação dos modelos puros do jusnaturalismo (princípios de justiça universalmente válidos) e do positivismo (equiparação do Direito à lei, dissociando-o de discussões como justiça e legitimidade), por um conjunto difuso e abrangente de ideias no qual se verifica uma reaproximação do Direito com a ética e com a filosofia. Após a queda dos regimes totalitários europeus (nazismo e fascismo), iniciou-se um processo de reflexão da função social do Direito e da sua interpretação, com a superação da legalidade estrita e a busca por teorias de justiça, sem, contudo, desconsiderar o direito posto.

Por fim, como marco teórico tem-se o neoconstitucionalismo³ alicerçado sobre três grandes paradigmas na aplicação do direito constitucional: a força normativa da constituição (normas constitucionais como normas jurídicas dotadas de imperatividade), a expansão da jurisdição constitucional (constitucionalização dos direitos fundamentais) e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, da interpretação conforme, da razoabilidade, da unidade e da efetividade).

Sob esses paradigmas, os Estados constitucionais promoveram uma significativa expansão do papel do Poder Judiciário, que não mais aplica as normas contidas nas leis, mas se investe do

² Adota-se, no presente trabalho, a definição de *Pós-positivismo* baseada nas teorias do direito pós-Kelsenianas que se dedicaram à reformulação e à renovação do positivismo formal, sustentadas em novos métodos de interpretação e de aplicação do direito inspirados na filosofia e nas ciências sociais e políticas. O Pós-positivismo adota um novo modelo de racionalidade sustentado pelos valores e pela teoria material da Constituição.

³ A utilização da expressão *neoconstitucionalismo* mostra-se controversa, considerando a dificuldade de precisar ou pontuar as concepções que se inserem nessa classificação. O problema não está propriamente no signo linguístico, mas na delimitação do seu conteúdo, inexistindo, até o momento, uma teoria pacificada ou uníssona. Entretanto, neste trabalho adota-se uma conceituação do neoconstitucionalismo baseada em caracteres elementares comumente mencionados pelos juristas e diretamente relacionados ao estudo desenvolvido.



SENADO FEDERAL
Advocacia

poder de criar as normas jurídicas a partir dos diversos métodos de interpretação dos textos legais.

Ocorre que, levada ao extremo, a expansão da jurisdição constitucional propiciará ao Poder Judiciário investir-se da função de realizar escolhas entre as concretizações politicamente possíveis, inclusive quando as normas constitucionais não ordenam nem proibem nada acerca dos direitos fundamentais, aparentemente desconsiderando a legitimidade democrática ínsita ao corpo legislativo. Noutras palavras, a materialização da Constituição tem franqueado ao juiz constitucional um âmbito de discricionariedade que, num modelo de Constituição composto apenas de regras de competência e de limites ao poder, era exclusivamente reservado ao legislador.⁴

Nesse sentido, a problemática da efetividade das normas constitucionais tem se deslocado do âmbito da legislação para o âmbito da decisão judicial, **minimizando o espaço político e jurídico do legislador na conformação dessas normas e, conseqüentemente, tornando menos importante qualquer aprofundamento teórico acerca da teoria da legislação.**

Se, por um lado, o neoconstitucionalismo impõe uma releitura do princípio da separação de poderes, o qual, em sua concepção clássica, impunha rígidos limites à atuação do Poder Judiciário, também é verdade que a excessiva judicialização na defesa de direitos e valores constitucionais relativiza as concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, endossando uma concepção substancial de democracia que legitima amplas restrições aos Poderes

⁴BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 45.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Executivo e Legislativo em prol da efetivação judicial dos direitos fundamentais e da proteção de minorias.⁵

O modelo neoconstitucionalista não pode ignorar que o **pluralismo constitucional constitui um amplo espectro de diversidades que se institucionalizam como alternativas jurídicas**. Nesse sentido, a tese da força irradiante das normas constitucionais, caso levada às últimas consequências, **pode acarretar a total conformação da própria atividade legiferante**, retirando do legislador qualquer espaço de atuação sob o argumento de que todos os espaços já estão constitucionalmente regulados.⁶

O ideal de uma constituição onipresente e expansiva pode se revelar incompatível com um modelo de constitucionalismo aberto e com a compreensão da democracia como um processo permanente de conjecturas e de submissão a refutações, no qual o legislador e os demais atores políticos desfrutam de um espaço aberto para a crítica, para o debate e para a busca de alternativas institucionais aptas a resolver os problemas que não foram previamente decididos no plano jurídico-constitucional.⁷

O Estado Democrático de Direito pressupõe um corpo legislativo legitimado a tomar decisões políticas em nome da comunidade. Sendo assim, o viés judicialista deve ser criticamente analisado, porque os juízes não são democraticamente eleitos como o são os parlamentares e porque a democracia pressupõe que a maioria

⁵ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro : Forense, 2009. p. 272.

⁶ SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, Pós-positivismo e Democracia: Aproximações e Tensões Conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro : Forense, 2009. p. 127.

⁷ Ibidem, p. 127.



SENADO FEDERAL
Advocacia

das decisões políticas seja tomada mediante a participação igualitária dos cidadãos na esfera pública. **O Parlamento revela-se ainda o espaço mais amplo e pluralizado para essa prática discursiva.**

A conformação legislativa das normas constitucionais, em especial da norma prevista no art. 17 *caput* e §3º, da Constituição, representa a **complementação de uma opção política inicialmente realizada pelo poder constituinte**, sendo indiscutível a margem de discricionariedade do legislador.

Embora em alguns casos as normas constitucionais, especialmente as instituidoras de direitos e garantias fundamentais, possuam densa significação fundamental, restando ao legislador atribuições de significado instrumental ou procedimental, noutros casos o constituinte utiliza-se de formas menos precisas, de modo que a atividade legislativa assume um caráter substancializador ou definidor do próprio conteúdo da norma constitucional.

No caso em análise, **a atividade legiferante é propriamente constitutiva do funcionamento dos partidos políticos.**

A natureza política do debate assemelha-se àquela que vem sendo travada na distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e é inviável imaginar que a decisão de onze Ministros do Supremo Tribunal Federal (ou que uma decisão monocrática) possa substituir as deliberações amplamente pluralizadas do Parlamento.

Nesse contexto, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal reconheça que, num Estado Constitucional, as Cortes Constitucionais devem atentar para a necessidade de autocontenção (*self-restraint*) na revisão e na interpretação dos atos legislativos, sob o risco de se investirem de um suprapoder, desnaturando o pacto constituinte fundado na harmonia e na independência entre os poderes.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Ainda que o embate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, sobre quem seria o guardião da Constituição, tenha se resolvido com a preponderância da jurisdição constitucional em detrimento do soberano (do Presidente do *Reich*), permanecem atuais as preocupações de Schmitt acerca da destruição do Estado democrático pelo Estado constitucional.

Segundo o autor, a Constituição é a consagração de *decisões políticas fundamentais* e as opções sistêmicas nela contidas – separação de poderes, sistema parlamentar unicameral ou bicameral, maior rigidez ou flexibilidade do poder de reforma constitucional – expressam as opções mediante as quais uma sociedade política se configura em uma determinada ordem política.

Desse modo, tais pactos jurídico-constitucionais, que se mesclam, indissociavelmente com a noção moderna de nação, não podem ser subvertidos ou ignorados pelos poderes políticos, no exercício das suas funções, até porque o contrário seria um paradoxo inaceitável, na medida em que esses pactos é que são a fonte que valida tais poderes.

Nesse sentido, Otto Bachof advertiu sobre os riscos de catástrofe quando as sentenças constitucionais afiguravam-se *politicamente inexatas ou falsas*⁸. Isto porque nas sociedades democráticas o dado medular é representado pela distribuição e pelo equilíbrio do poder consignado a diferentes setores do Estado, aos quais se reconhecem certas atribuições que devem sempre ser exercidas conforme precisos procedimentos e sempre ajustados a determinados limites.

⁸ Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, **La Constitución como Norma y El Trinunal Constitucional**. Editora Civitas : Madrid, 1985. p. 180.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Portanto, as diretivas em comento assinalam que a interpretação constitucional deve orientar-se no sentido de conservar e fortalecer a unidade e o regime político que a sociedade estabeleceu em sua lei fundamental.

Esta funcionalidade do regime político está indissociavelmente ligada ao equilíbrio entre os Poderes constitucionais, de modo a buscar entre estes a *cooperação* e não o *choque*, além da imperiosa necessidade de evitar a expansão de um destes Poderes em prejuízo do outro.⁹

Assim é que a doutrina, identificando este *pouvoir neutre* – segundo Benjamin Constant – nas repúblicas modernas como o órgão ao qual se confiou o controle de constitucionalidade exige deste mesmo órgão, no exercício de suas competências, o respeito ao quadro político de Poderes, órgãos, competência e relações institucionais desenhados pela Lei Maior. Esta defesa se processará frustrando quaisquer intentos – ainda que originários de disfunções oriundas da própria Corte Constitucional - de violentar os freios e os contrapesos – *checks and balances*.¹⁰

O objetivo é obter-se, sempre, **a máxima funcionalidade do regime político constitucional**. Isso não implica a absoluta soberania do Parlamento, mas o **reconhecimento de que o Parlamento, casa política que encarna o sistema de representação política consagrado desde a Grécia Clássica, representa a vontade popular em ação - articulando, desarticulando, construindo, demolindo e**

⁹QUIROGA LAVIÉ, Humberto. **Curso de Derecho Constitucional**. Editora Depalma : Buenos Aires, Argentina, 1985. p. 45 e ss.

¹⁰VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación Constitucional**. Editora Abeledo-Perrot :Buenos Aires, Argentina, p. 135.



SENADO FEDERAL
Advocacia

reconstruindo - a vivência sociopolítica e espelhando, da melhor maneira até hoje alcançável, o querer dos cidadãos.

Assim é que se sustenta que os Tribunais Constitucionais têm, como função, não introduzir novas dificuldades no sistema político-constitucional, econômico e social, mas sim o de afastar os porventura existentes. A justiça constitucional, para estes autores, deve sempre facilitar, não obstaculizar.¹¹

Portanto, espera-se do exegeta jurídico que opte pelas alternativas de julgamento que preservem e afiancem o sistema político fixado no pacto político nacional e que, ademais, ao agir, sopesse, sempre, as consequências políticas de suas sentenças, tendo em vista a precisa distribuição das forças políticas parlamentares, suas necessidades e interesses, aos quais o Poder Judiciário não pode pretender substituir.¹²

III.3) Da impossibilidade de ingerência nas competências próprias do Poder Legislativo.

A decisão liminar impugnada constitui gravíssima violação da ordem constitucional, porque abala o funcionamento da democracia em sua mais precípua função.

O abortamento *ab initio* de projeto de lei, por decisão liminar e monocrática, implica a cassação do poder de deliberação do Parlamento que é o baluarte da democracia não apenas no Brasil, mas em todo o mundo democrático. É tão grave a violação que coloca em risco a

¹¹ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Corte Constitucional y la Interpretación de la Constitución*. Editora Tecnos : Madrid, 1987. p. 176.

¹²OCCHIOCUPO, Nicola. *La Corte Costituzionale como Giudice Di Opportunità delle Leggi*. In: *La Corte Costituzionale tra Norma Giuridica e Realtà Sociale*. Bologna, Itália : Ed. Il Mulino, 1978. p. 51 e 59.



SENADO FEDERAL
Advocacia

própria estabilidade das instituições democráticas consolidadas após a Constituição de 1988.

A Constituição da República assegurou ao Supremo Tribunal Federal tão somente o controle de constitucionalidade repressivo dentro dos estritos parâmetros delineados na legislação processual de referência.

A jurisprudência construtiva da corte admitiu, em casos excepcionais, a hipótese de controle preventivo, desde que haja inconstitucionalidade escabrosa da matéria sob deliberação, que configure inequívoco desvirtuamento do *due process law* e desde que membro da Casa violadora (e.g. MS 24.849, Pleno, Rel. Celso de Mello, DJ 29.9.2006; e MS 24.356/DF, rel. Carlos Velloso, Pleno, DJ 12.09.2003).

No caso dos autos, não se afigura hipótese de inconstitucionalidade flagrante, nem há risco de aviltamento de cláusula pétrea e, acrescente-se, o projeto ainda só se aperfeiçoará ao final da tramitação legislativa. A jurisdição constitucional, na espécie, está a coibir meras intenções.

A fundamentação da decisão impugnada ventila casuísmo do objeto do projeto de lei. Ocorre que não se pode conjecturar de casuísmo em controle preventivo, porque o casuísmo só se materializa após a vigência da lei derivada do projeto. É impossível o acerto prévio do termo *a quo* da vigência, muito menos o abortamento do projeto com base em especulações.

Por outro lado, o controle de constitucionalidade preventivo na via estreita do mandado de segurança cria uma via clandestina, não prevista na Constituição para esse tipo de pretensão, com burla às



SENADO FEDERAL
Advocacia

restrições quanto aos pressupostos processuais e condições da ação das espécies processuais cabíveis.

III.4) Do mérito. Constitucionalidade do projeto de lei impugnado.

Data máxima vênia, ousamos discordar das conclusões do eminente Relator no sentido de que o PLC nº 14/2013 ofenderia o art. 17, caput e §3º, da Constituição Federal.

Examinando o referido projeto, vislumbra-se que as agremiações continuarão tendo acesso ao fundo partidário, nos termos do seu art. 41-A, inciso I.

Isso, por si só, demonstra que as novas agremiações estariam contempladas pela regra constitucional que garante o acesso aos recursos mencionados.

Ademais, ainda que os novos partidos venham a ser integrados por candidatos já eleitos, por certo lhes faltaria legitimação popular por meio do voto, de modo que os parlamentares egressos de outro partido não poderiam se valer da estrutura e dos benefícios da legenda anterior.

Sabe-se que, ao votar, o eleitor fez clara opção pelo programa, pelos valores de uma determinada agremiação. Permitir que os parlamentares pudessem migrar para novas agremiações, eventualmente com programas diametralmente opostos ao partido de origem, com direitos plenos ao fundo partidário e ao tempo de propaganda eleitoral, seria uma verdadeira fraude à vontade popular.

Essa interpretação está em consonância com outra decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança nº 26.630, que entendeu que o eleitor vota no partido e não no parlamentar.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Diferente do que afirma o Relator, o que se quer é impedir a criação casuística de partidos apenas para satisfazer o interesse de poucos indivíduos, mas sem respaldo da vontade democrática da sociedade, tornando ainda mais fragmentada a estrutura partidária do país.

Aliado a isto, vê-se claramente que a decisão interrompe *in limine* a tramitação do projeto de lei. Tal fato acaba por não levar em consideração a oportunidade de o Senado Federal, como casa revisora, exercer seu papel definido na Constituição.

Não se cuida aqui de mera formalidade, pois a Câmara Alta poderia eventualmente modificar o projeto lei apresentado e aprovado na Câmara dos Deputados, de modo que se poderia, a partir de novas modificações, superar eventual pecha de inconstitucionalidade.

Ainda assim, também poderia ocorrer a apresentação de argumentos relevantes para revisão do precedente firmado na ADI 4.430.

A liminar agora atacada, sob o pretexto de defender a Constituição, na verdade a está ofendendo, pois priva o Congresso de legitimamente analisar, com a participação da sociedade, a organização dos partidos políticos em nosso país.

De fato, a vedação açodada de apreciação do projeto também pode revelar a paralisia de deliberação e votação da integralidade do Projeto Lei, inclusive de partes que podem estar em consonância com a interpretação Constitucional da Suprema Corte.

De toda sorte, a manutenção da decisão do ilustre Ministro acaba por revelar que as competências, a pauta e as atribuições do



SENADO FEDERAL
Advocacia

Poder Legislativo estão condicionadas ao prévio aval do Supremo Tribunal Federal.¹³

Ousamos afirmar que não há justificativa para a manutenção da liminar deferida, pois ainda que o projeto convertido em lei fosse manifestamente contrário a Constituição, o mesmo não tem efeitos imediatos e poderia, em momento oportuno, ser apreciado por esta Egrégia Corte e aí então ter eventualmente sua eficácia suspensa.

Ora, os argumentos do relator não levam em consideração que a Lei nº 9.096/95, atualmente em vigor, muito se assemelha ao PLC nº 14/2013 e não se encontra suspensa por nenhuma medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, não se vislumbra razões para a manutenção da liminar deferida.

III. 5) Da impossibilidade de extensão dos efeitos vinculantes do controle concentrado de constitucionalidade ao Poder Legislativo

Com efeito, em sua decisão o eminente Ministro anotou que *“a contradição entre a proposição em questão e o teor da Constituição Federal de 1988 e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4430; vislumbro possível violação do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional.”*

Depreende-se da leitura da decisão liminar que o Ministro estendeu os efeitos vinculantes da decisão em controle abstrato de constitucionalidade ao legislador, que em sua linha de raciocínio não poderia editar nova norma com preceitos idênticos aos declarados

¹³ Embora a Constituição brasileira, regulatória e analítica, ao contrário de Constituições oriundas do Direito comparado, concisas e principiológicas, atribua ao Supremo Tribunal Federal apenas a guarda do Texto Constitucional.



SENADO FEDERAL
Advocacia

inconstitucionais, ou, ainda, nem mesmo poderia deliberar novamente sobre norma julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O posicionamento do STF, contudo, é no sentido contrário, ou seja, da não vinculação das decisões da ADIN ao Poder Legislativo, sob pena de ocorrer o fenômeno da *"fossilização da constituição"*, termo utilizado pela primeira vez no julgamento da Reclamação nº 2617 Agr/MG, Relator Ministro Cezar Peluso, cujo voto está disponível no Boletim Informativo STF n. 377:

" A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão proferida pelo STF em ação declaratória de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal não alcançam o Poder Legislativo, que pode editar nova lei com idêntico teor ao texto anteriormente censurado pela Corte. Perfilhando esse entendimento, e tendo em conta o disposto no § 2º do art. 102 da CF e no parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99, o Plenário negou provimento a agravo regimental em reclamação na qual se alegava que a edição da Lei 14.938/2003, do Estado de Minas Gerais, que instituiu taxa de segurança pública, afrontava a decisão do STF na ADI 2424 MC/CE (acórdão pendente de publicação), em que se suspendera a eficácia de artigos da Lei 13.084/2000, do Estado do Ceará, que criara semelhante tributo. Ressaltou-se que entender de forma contrária afetaria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incontrolável do primeiro, acarretando prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição.

Rcl 2617 Agr/MG, rel. Min. Cezar Peluso, 23.2.2005. (Rcl-2617)".

Segundo posicionamento pacífico do STF, o legislador poderá, em tese, editar uma nova norma legal com conteúdo material idêntico ao do texto normativo declarado inconstitucional, o efeito



SENADO FEDERAL
Advocacia

vinculante ocorre apenas em relação ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário¹⁴.

Este entendimento tem por escopo conservar a relação de equilíbrio existente entre o Poder Judiciário e o legislador, **impedindo a redução da Casa Legislativa a um papel subalterno e evitando posições autoritárias, outrora vividas por este país, de impedir o legislador de aprovar, a qualquer momento, um novo projeto de lei.**

A Constituição da República é clara em limitar a extensão dos efeitos vinculantes da decisão definitiva de mérito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (art. 102, § 2º). Nesta linha, a Lei nº 9.868/99, no art. 28, § único, confirma tal entendimento. Senão vejamos:

“Art. 28. (...) Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm **eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal**.” (grifo nosso)

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro não estendeu ao legislador os efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade. Ora, esta expansão acarretaria evidente prejuízo do espaço democrático-representativo do órgão legislativo.

¹⁴ “Também o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao texto anteriormente censurado. Ao contrário do estabelecido na proposta original que se referia à vinculação dos órgãos e agentes públicos o efeito vinculante consagrado na Emenda n. 3, de 1993, ficou reduzido, no plano subjetivo, aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os Tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência” ADI nº 864, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 151/416



SENADO FEDERAL
Advocacia

Pelo exposto, houve evidente equívoco do douto Relator na extensão dos efeitos vinculantes de decisão em Controle Concentrado de Constitucionalidade ao Poder legislativo, não havendo *fumus boni iuris* que possa sustentar a liminar deferida.

III.6) Da necessidade de concessão de medida liminar

Como se depreende do exposto ao longo dos itens precedentes, resulta claro que a r. decisão liminar ora questionada, *data venia*, não observou os requisitos cumulativos da plausibilidade do direito invocado e do perigo na demora da prestação jurisdicional. Senão vejamos.

O *fumus bonis iuris* não se encontra presente, conforme amplamente demonstrado no presente recurso.

Acerca do perigo de demora na prestação jurisdicional, convém frisar que tal elemento deve estar robustamente caracterizado em se tratando de mandado de segurança de natureza preventiva (mais do que em *writ* repressivo). Não é, contudo, o que ocorre nos presentes autos.

O Exmo. relator vislumbrou uma “*singular celeridade da tramitação do PL em questão*”. Afirmou ainda ser “*necessário que as regras de regência do próximo pleito sejam claras e aplicadas de modo isonômico e uniforme a todos os envolvidos*”.

É fácil ver que as duas proposições são conflitantes entre si. Com efeito, a celeridade de tramitação do referido projeto de lei se justifica na exata medida em que é preciso que as novas regras de regência (cuja formatação final só se conhecerá ao final do regular processo legislativo) sejam definidas pelo Poder Legislativo o quanto antes.

E a decisão liminar, ao suspender a tramitação do PLC nº 14/2013, faz o contrário: retarda a definição das novas regras que poderão vir a



SENADO FEDERAL
Advocacia

viger já para o novo pleito. Isso significa que, caso haja provimento jurisdicional favorável e a tramitação do projeto prossiga, em eventual aprovação do projeto e edição da lei, os destinatários da norma terão menos tempo para se adequar a ela antes do pleito.

A decisão judicial em apreço, por ser precária, só aumenta a incerteza quanto ao cenário normativo que estará vigente durante o próximo pleito. Vulnera, com isso, o princípio da segurança jurídica, nesse caso prejudicando os destinatários da norma eventualmente aprovada. Com efeito, a decisão atacada acaba por gerar o *periculum in mora reverso*.

Também causa espécie ser invocada a celeridade de tramitação de um projeto de lei como razão para o deferimento de pedido de liminar. O Poder Legislativo, ao tramitar celeremente um projeto de lei e desde que observadas as normas constitucionais e regimentais pertinentes ao respectivo procedimento legislativo (sendo esse rigorosamente o caso vertente), está simplesmente cumprindo – e com louvável eficiência – seu mister constitucional. Está, por que não dizer, no regular exercício do seu mais precípuo direito (e dever) constitucional. A “singular celeridade da tramitação”, da qual o impetrante volta sua desconfiança, cai no campo do subjetivismo, que jamais deveria servir como fundamento de *decisum* do Poder Judiciário.

Diante da sobejamente demonstrada ausência dos requisitos autorizadores da concessão de liminar em mandado de segurança preventivo, requer a Vossa Excelência a reforma a decisão atacada.

V – DO PEDIDO



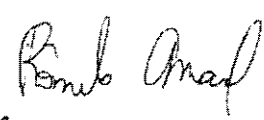
SENADO FEDERAL
Advocacia

Ante o exposto, a Mesa do Senado Federal requer a **reconsideração da decisão de Vossa Excelência**, para que seja **revogada a medida cautelar deferida**, até o julgamento pelo colegiado.

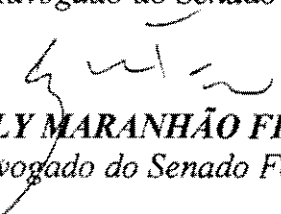
Caso tal pedido não seja acolhido, **requer seja o presente agravo regimental submetido ao plenário**, para que seja reconhecido o *error in iudicando* da medida cautelar deferida monocraticamente, por inocorrência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, provendo-se o agravo regimental para que o Plenário indefira a medida cautelar inicialmente requerida, mantendo-se hígido o processo legislativo impugnado.

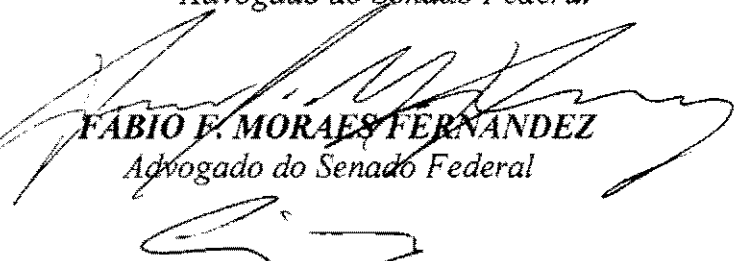
Brasília, 25 de abril de 2013.


ALBERTO CASCAIS
Advogado-Geral do Senado Federal

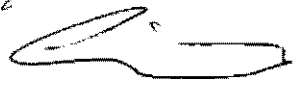

RÔMULO GOBBI DO AMARAL
Advogado-Geral Adjunto

EDUARDO PEDROTO DE A. MAGALHÃES **EDVALDO FERNANDES DA SILVA**
Advogado do Senado Federal Advogado do Senado Federal


ELY MARANHÃO FILHO
Advogado do Senado Federal


FÁBIO F. MORAES FERNANDEZ
Advogado do Senado Federal

JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO
Advogado do Senado Federal
Coordenadoria de Processos Judiciais


MATEUS FERNANDES VILELA
LIMA
Advogado do Senado Federal