

ano 13 - n. 54 | outubro/dezembro - 2013
Belo Horizonte | p. 1-266 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Crísthiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá
em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

| | |
|---|--|
| Adilson Abreu Dallari (PUC-SP) | Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai) |
| Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar) | Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) |
| Alice Gonzalez Borges (UFBA) | Juarez Freitas (UFRGS) |
| Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP) | Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai) |
| Carlos Ayres Britto (UFSE) | Marçal Justen Filho (UFPR) |
| Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai) | Marcelo Figueiredo (PUC-SP) |
| Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas) | Márcio Cammarosano (PUC-SP) |
| Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar) | Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA) |
| Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP) | Nelson Figueiredo (UFG) |
| Clèmerson Merlin Clève (UFPR) | Odilon Borges Junior (UFES) |
| Clovís Beznos (PUC-SP) | Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina) |
| Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar) | Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA) |
| Emerson Gabardo (UFPR) | Paulo Henrique Blasi (UFSC) |
| Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile) | Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG) |
| Eros Roberto Grau (USP) | Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR) |
| Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) | Rogério Gesta Leal (UNISC) |
| Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha) | Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile) |
| José Carlos Abraão (UEL) | Sergio Ferraz (PUC-Rio) |
| José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP) | Valmir Pontes Filho (UFCE) |
| José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina) | Weida Zancaner (PUC-SP) |
| José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia) | Yara Stroppa (PUC-SP) |

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Criação de Tribunais Regionais Federais por Emenda Constitucional. Possibilidade

Clèmerson Merlin Clève

Professor Doutor Titular das Faculdades de Direito da UFPR e da UniBrasil com estágio pós-graduado na Université Catholique de Louvain – Bélgica. Professor visitante do Programa de Doutorado em Direitos Humanos da Universidad Pablo de Olavide – Sevilha/Espanha.

Ementa

O art. 96, II, “c” da Constituição não impede a criação de Tribunais Regionais Federais por via de Emenda Constitucional. O poder de iniciativa conferido pela Lei Fundamental ao Judiciário para a criação ou extinção de Tribunais incide apenas sobre o processo legislativo ordinário, não integrando, ademais, o núcleo duro da atividade jurisdicional. Por isso, eventual Emenda Constitucional com idêntico propósito é incapaz de vulnerar a separação dos poderes enquanto cláusula pétrea. Também as limitações constitucionais ao poder de emenda parlamentar aos projetos de lei de iniciativa dos demais Poderes, particularmente no que concerne ao aumento de despesas, incidem exclusivamente sobre o processo legislativo ordinário, não alcançando a atividade normativa exercida pelo Poder Constituinte Derivado. Por fim, tratando-se de Emenda à Constituição, alteração formal de menor importância no texto aprovado pela primeira Casa, mesmo introduzida por meio de substitutivo introduzido pela segunda Casa, não implicando alteração de natureza substantiva, não é suficiente para justificar a negativa de promulgação da nova obra legislativa. Promulgação necessária pelas Mesas das duas Casas do Congresso Nacional na forma do art. 60, §3º da Lei Fundamental da República.

1 A Consulta

Aprovada a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 544/2002 criando quatro novos Tribunais Regionais Federais, o Presidente do Senado Federal, provavelmente diante de oposição manifestada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, recusa-se a providenciar, nos termos da Constituição, a sua promulgação, pretextando que a medida:

1. Viola cláusula pétrea, particularmente a que cuida da separação dos poderes, pois a iniciativa legislativa para a criação de Tribunais incumbiria exclusivamente ao Poder Judiciário;
2. Implica censurável aumento de despesas;
3. Padece de vício formal, já que os textos aprovados na Câmara e no Senado são distintos.

Diante do quadro exposto, consulta-me o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio do ilustre Conselheiro José Lúcio Glomb, a propósito da pertinência dos argumentos referidos, constituindo cada um deles quesito a desafiar resposta positiva ou negativa.

2 O Parecer

Sobre o primeiro dos questionamentos supracitados, apresentei ao Congresso Nacional, há alguns anos, Parecer com o seguinte teor:¹

1. A Consulta

Tramita no Congresso Nacional proposta de Emenda Constitucional visando a criação de mais de um Tribunal Regional Federal, inclusive no Estado do Paraná. Trata-se de saber, afinal, se a referida PEC não ofenderia a Constituição Federal, designadamente o especificado no art. 96, inciso II, letra “c”, conferindo ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais a prerrogativa da iniciativa legislativa para criação ou extinção de tribunais inferiores.

Há, portanto, um único quesito demandante de resposta.

2. O Parecer

Assim dispõe o art. 96, inc. II, letra “c”, da Constituição Federal:

“Art. 96. Compete privativamente:

Inc. II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

c) a criação ou extinção dos Tribunais inferiores;”

O art. 169 dispõe, por sua vez:

“Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

¹ Cf. o Parecer intitulado “Tribunal Regional Federal do Paraná” constante da coleção “Soluções Práticas de Direito”: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direitos fundamentais e organização dos poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

§1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.”

O art. 96, inc. II, letra “a” da Constituição atribui iniciativa vinculada ou reservada a específicos órgãos do Poder Judiciário para apresentação de projeto de lei versando sobre a criação ou extinção de tribunais inferiores. Como se sabe, a iniciativa constitui sempre manifestação de um poder² que dá início ao procedimento legislativo com vista à modificação ou inovação da ordem jurídica preexistente.

A regra do art. 96, inc. II, letra “c”, deve ser lida em conjunto com as demais inscritas no inc. II, do art. 96. Isto porque o ato de criação de Tribunal, supondo um conjunto de medidas, depende de lei de iniciativa do Poder Judiciário quanto à alteração do número de membros do Tribunal inferior (letra “a”); também quanto à criação ou extinção de cargos e fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados (letra “b”); e, por fim, quanto à alteração da organização e da divisão judiciária (letra “d”).

O art. 169 da CF/1988 também faz sentido para o cuidado da matéria já que os novos tribunais, uma vez criados por lei, exigirão, para o regular funcionamento, estrutura física e corpo funcional implicando a realização de despesas que devem ser autorizadas nos limites formais impostos pelas regras constitucionais informantes do sistema financeiro e orçamentário. Neste ponto, cumpre lembrar que, com a iniciativa, o Poder Judiciário exerce função atípica participando da função legislativa nos moldes de um Estado onde a rígida separação dá lugar a uma importante colaboração entre os poderes.³

A criação de Tribunal inferior — no caso Tribunal Regional Federal do Paraná — por meio de emenda à Constituição Federal envolve a consideração dos *limites ao poder constituinte derivado* explicitados no art. 60, §4º que proíbe as emendas tendentes a abolir: I - a forma federativa de Estado, II - o voto direto, secreto, universal e periódico, III - a separação dos poderes, IV - os direitos e garantias individuais. O enfrentamento do tema reclama também o cotejo do poder constituinte derivado com o

² Conferir: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 100.

³ CLÈVE. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*.

poder constituinte decorrente, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já concedeu medida cautelar suspendendo os efeitos de dispositivo da Constituição do Paraná que criava novos Tribunais de Alçada.⁴ Ultrapassados estes pontos, cumpre examinar a viabilidade de emenda ao ato das disposições constitucionais transitórias, e, portanto, se a criação de Tribunal Regional Federal pode ser realizada nos mesmos termos do art. 27, §6º do ADCT.

2.1. Poder Constituinte Derivado e Cláusulas Pétreas

Tanto a fiscalização da constitucionalidade como a reforma constitucional são garantias da “supremacia permanente da Constituição”⁵

A questão da reforma constitucional implica, necessariamente, o problema dos limites à mudança constitucional. O poder constituinte derivado, porque criado pela Constituição e regulado por ela quanto ao modo do seu exercício, deve ser compreendido dentro de determinados parâmetros. Como ensina Jorge Miranda, a função do poder de reforma não é a de fazer Constituições, mas possibilitar a preservação da identidade e continuidade da Constituição considerada como um todo.⁶ *A afirmação de cláusulas pétreas no sistema brasileiro exige a aceitação de certas notas características da (i) limitabilidade da função reformadora, de sua (ii) imprescindibilidade dada a necessidade de ordenação constitucional do processo de atualização das normas constitucionais frente às novas conjunturas, sem a aniquilação do seu perfil essencial e da (iii) insuperabilidade em face da impossibilidade de modificação ou remoção das regras constitucionais que dispõem sobre as cláusulas de limites (processo de dupla reforma).*

Daí porque o art. 60, §4º, veicula limites materiais explícitos, não excluindo a presença de limites implícitos ou tácitos.⁷ A vedação ao processo de dupla reforma constitui limite material implícito, sabendo-se que o elenco dos limites expressos não menciona o próprio sistema de reforma. E aqui se explica a *insuperabilidade* antes destacada.⁸

Os limites expressos (art. 60, §4º) cumprem o papel de *explicitação e certificação dos limites inerentes da revisão*. Eles são uma espécie de interpretação autêntica (porque feita pelo próprio poder constituinte) dos limites intrínsecos da revisão.⁹

⁴ ADIM nº 161-PR. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celio Borja. Julg. 11.12.1989. *Diário de Justiça da União*, 23 fev. 1990, p. 1235, v. 1570-01, p. 19. Fase de conclusão ao Relator.

⁵ Na feliz expressão de BRITTO, Carlos Ayres. *A Reforma Constitucional. Separata el Derecho Público de Finales de Siglo – una Perspectiva Iberoamericana*, Madrid.

⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: introdução à teoria constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. t. II, p. 165-166.

⁷ HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 124.

⁸ Carlos Ayres Britto, Pontes de Miranda, Nelson de Souza Sampaio, José Gomes Canotilho ao contrário de Jorge Miranda.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 301.

O art. 60, §4º não garante propriamente a intocabilidade dos preceitos constitucionais concernentes à forma federativa de Estado, voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos poderes; direitos e garantias individuais, mas sim certos princípios ou regimes materiais. A Constituição não retira estas matérias do campo de atuação do poder constituinte derivado. Estão vedadas as emendas tendentes a abolir as cláusulas do art. 60, §4º e não propriamente as emendas que tenham por objeto a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

Assim, a forma federativa de Estado não pode ser abolida pelo poder reformador, embora as regras constitucionais que informam o princípio federativo possam ser alteradas desde que não impliquem ruptura com o que se entenda por essencial à federação. Ora, tanto as emendas como a revisão “cumprem a mesma função de reformar para corrigir, e não de ‘reformar’ como procedimento juridicamente espúrio de descontinuidade ou ruptura constitucional”.¹⁰ Para o que aqui interessa, cumpre ponderar que a iniciativa legislativa dos órgãos do Poder Judiciário para criação ou extinção de Tribunal não consta do art. 60, §4º. Justamente por isso, a sua reforma será possível desde que não afete tendendo a abolir (e aqui emerge a vedação de uma espécie qualificada de afetação que é aquela com finalidade de destruir, aniquilar, descaracterizar o núcleo essencial da Constituição) a forma federativa de Estado, o voto secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

O que está em jogo na criação de Tribunal via emenda à Constituição Federal não é propriamente o art. 96, II, letra “c”. Mas, sim, se a regra constitucional inscrita no art. 96, II, letra “c”, da CF/1988 (a) encontra fundamento em algum dos princípios apresentados como cláusulas pétreas, e (b) em caso afirmativo, se da sua alteração pode decorrer inaceitável quebra da identidade.

2.2. A criação de Tribunal por emenda constitucional e o princípio da separação dos poderes

Como foi dito antes, o art. 96, inc. II, “c”, da CF/1988 confere ao Poder Judiciário a iniciativa para o procedimento legislativo que trate da criação ou extinção de Tribunais inferiores. A previsão toca diretamente no tema da colaboração entre os poderes no processo legislativo, pois, neste caso, ao Poder Judiciário caberá a iniciativa legislativa, ao Poder Legislativo, a discussão e aprovação ou rejeição do projeto e ao Executivo, a sanção ou veto. O sistema de interdependência no processo legislativo informa a ideia de controle recíproco entre os poderes, integrante da nossa compreensão a propósito do Estado com poderes divididos.

O princípio da separação dos poderes, expressamente afirmado no art. 2º — *são poderes da União, independentes e harmônicos entre si*, o

¹⁰ BRITTO. A Reforma Constitucional, p. 89.

Legislativo, o Executivo e o Judiciário — e elevado à condição de cláusula pétrea dá suporte às regras constitucionais que regulam as relações entre os poderes no desempenho de suas funções precípua. Como salienta José Afonso da Silva, o princípio fundamenta-se em dois elementos: (i) *especialização funcional* no sentido de que cada órgão é especializado no desempenho precípua de uma função — o Poder Legislativo cuida da função legislativa, o Poder Executivo da função executiva, e o Poder Judiciário, da função jurisdicional; e (ii) *independência orgânica* que significa inexistência de subordinação.¹¹

Na Constituição de 1988, a regra constitucional que autoriza a participação do Poder Judiciário na função legislativa mediante a previsão de iniciativa de lei que crie Tribunal encontra fundamento na separação dos poderes, revelada como princípio de colaboração onde cada um deles, a par do desempenho de sua função típica, interfere atipicamente nas outras funções conformando uma cadeia de freios e contrapesos.

A iniciativa do Poder Judiciário insere-se num quadro de “deslocamento parcial da atividade legislativa para outros titulares, aos quais as Constituições contemporâneas permitem, através de técnicas e de procedimentos apropriados, o exercício de competência legislativa”,¹² ou de parcela dela.

Porém, a circunstância do art. 96, II, “c”, encontrar fundamento no princípio da separação dos poderes (não na forma federativa de Estado que se relaciona com a divisão espacial do poder; não no voto direto, secreto, universal e periódico; não nos direitos e garantias individuais) não garante, por si só, a sua imodificabilidade. É preciso algo a mais: a previsão constitucional deve integrar o núcleo essencial do princípio em questão, sinalizando, a sua alteração, tendência de abolição.

O deslinde do assunto desafia a delimitação do cerne do “princípio da separação dos poderes”.

Como se sabe, os princípios apresentam-se como fundamentos das regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite “ligar” ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional.¹³ São normas jurídicas de “otimização”, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos, enquanto as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida.¹⁴

¹¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

¹² HORTA, *op. cit.*, p. 562.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 175.

¹⁴ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 173-174. Sobre o tema dos princípios, conferir: ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; Ver, para tanto do mesmo autor: ALEX, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997; DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Ariel: Barcelona, 1997.

Nesta óptica, os princípios não seguem a lógica do “tudo ou nada”, permitindo o balanceamento entre valores¹⁵ e interesses.¹⁶ Carmem Lúcia Antunes Rocha alude à “poliformia principiológica”: a substância política ativa dos princípios faz com que as alterações das instituições políticas e sociais atinjam o seu sentido e alcance.¹⁷

Esta abertura é responsável pela maior vulnerabilidade das normas principiológicas às mudanças constitucionais, ou seja, ao “evoluir permanente do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a história e o seu progresso”.¹⁸ É por isso que se o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes é condição *sine qua non* para o implemento de um sistema de limites ao poder constituinte derivado, ele, ao mesmo tempo, não fica imune às novas compreensões constitucionais derivadas de renovadas necessidades sociais. Afinal, “a identidade da Constituição não significa a continuidade ou permanência do ‘sempre igual’, pois num mundo sempre dinâmico a abertura à evolução é um elemento estabilizador da própria identidade”.¹⁹

Desde esta perspectiva, derivada dos deslocamentos teóricos mais adequados em matéria de Direito Constitucional, é que se deve extrair do texto constitucional um núcleo intangível do princípio da separação dos poderes funcionalmente adequado à preservação da Constituição.

Ensina José Joaquim Gomes Canotilho, em lição apropriada ao direito brasileiro, que em geral o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes é entendido como:

“[...] a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do ‘monismo de poder’, como o que resultaria, por ex., da concentração de ‘plenos poderes’ no Presidente da República, da concentração de poderes legislativos no executivo e na transformação do legislativo em órgão soberano executivo e legiferante”.²⁰

¹⁵ Sobre o tema dos valores, conferir: DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores interpretación constitucional*. Madrid: Centro de estudios políticos y Constitucionales, 1997; HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Ed. Coimbra: Armênio Amado, 1980; PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1986.

¹⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 174; Conferir acerca da temática: ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentii Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

¹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹⁸ Conferir: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 26-27.

¹⁹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1142.

²⁰ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 704.

Por conseguinte, uma emenda constitucional estaria, certamente, a ferir o princípio da separação dos poderes quando (i) transferisse para um poder a função constitucional precípua de outro, quebrando com a especialização funcional, (ii) ou, em outro sentido, (ii) estabelecesse um sistema de interferências entre poderes que fosse além dos fins constitucionais de freios e contrapesos de forma a afetar gravemente a independência funcional de cada um.

A função precípua do Judiciário é a jurisdicional. Possível exceção ao monopólio da jurisdição exercida pelo Judiciário substancia a competência atribuída ao Senado Federal para o julgamento de algumas autoridades pela prática de crime de responsabilidade.²¹ Assim, quando o Judiciário participa da função legislativa através de iniciativa reservada exerce função atípica e acidental.

Nada obstaría, em princípio, eventual emenda constitucional que retirasse a iniciativa. O núcleo essencial do princípio da separação dos poderes garante que não se atribua a um órgão exterior ao Poder Judiciário a competência jurisdicional para quebrar a especialização funcional.

A emenda introduz modificação pontual no Texto Constitucional com o objetivo de melhor instrumentar o Poder Judiciário ante a dinâmica das relações sociais. Sim, porque se a “validade de uma Constituição decorre de sua eficaciedade”²² a criação de novos Tribunais facilita o acesso dos cidadãos à justiça implementando a garantia fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional.²³

A emenda concretiza a obra do poder constituinte. Inserida nos limites próprios ao poder de reforma, cumpre a função de adequar a Constituição às exigências do tempo. Como acentua Carl Friedrich, “o excesso gera a instabilidade [...] quando as normas constitucionais não conseguirem se ajustar aos novos reclamos sociais, algo inadmissível em todo o mundo”.²⁴

2.3. Poder Constituinte decorrente dos Estados Membros

Tudo se passa diferente quando se trata de manifestação do poder constituinte decorrente derivado, aquele próprio das Coletividades Federadas. A atividade do poder constituinte estadual é sucessiva à do constituinte federal.²⁵ Daí porque o poder de reforma conferido ao constituinte federal não possui idêntica natureza àquela do poder de reforma atribuído ao constituinte estadual.

²¹ Conferir: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. *Revista Synthesis*, São Paulo, n. 18, p. 66, 1994.

²² BRITTO, *op. cit.*, p. 106.

²³ MIRANDA, *op. cit.*, p. 252. Para o autor, a supressão de todas as restrições, de todo o fosso que se pode criar ao acesso à justiça promoverá do direito aos direitos. No mesmo sentido: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 217.

²⁴ FRIEDRICH, Carl. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*. Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.

²⁵ HORTA, *op. cit.*, p. 71.

Segundo Raul Machado Horta,

"[...] como consequência da subordinação da Constituição Federal, que é a matriz do ordenamento jurídico parcial dos Estados-Membros, a atividade do constituinte estadual se exaure, em grande parte, na elaboração de normas de reprodução, mediante as quais faz o transporte da Constituição Federal para a Constituição do Estado das normas centrais, especialmente as situadas no campo das normas de preordenação".²⁶

O poder constituinte decorrente submete-se a um regime específico de limitações: princípios constitucionais enumerados que autorizam a intervenção federal em caso de descumprimento, princípios constitucionais estabelecidos (repartição de competências, organização dos poderes) e regras de preorganização do Estado-Membro.

Bem por isso que na criação de Tribunal Estadual via emenda constitucional estadual não estão em jogo os limites do poder de reforma constitucional — no caso o art. 96, II, "c" — porque, certamente, o Estado Membro não tem competência para alterar a Constituição Federal. Sim, porque a questão reside em saber se a regra tem ou não de ser reproduzida pelo Estado-Membro.

O controle da constitucionalidade das normas das Constituições Estaduais leva em conta a adequação do poder de organização estadual à supremacia da Constituição Federal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as normas básicas de processo legislativo — incluindo a iniciativa para o projeto de lei — são normas de reprodução compulsória. Haverá, então, inconstitucionalidade formal quando as Emendas às Constituições dos Estados transportam para o domínio da Constituição matéria de lei ordinária de modo a contornar o impedimento de sua iniciativa pelo legislador ordinário que obedece a um rito de iniciativa reservada.

2.4. O Supremo Tribunal Federal e o poder constituinte decorrente

O Supremo Tribunal Federal declarou que o tema da observância, pelos Estados-Membros, das normas constitucionais federais sobre processo legislativo envolve "o alcance do poder constituinte decorrente que é atribuído aos Estados".²⁷ A Suprema Corte decidiu que o "modelo estruturador do processo legislativo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Carta da República, impõe-se, enquanto padrão normativo de compulsório atendimento, à observância incondicional dos Estados-Membros".²⁸ Nesta linha, "as regras do processo legislativo

²⁶ HORTA, *op. cit.*, p. 77.

²⁷ ADIMC nº 1.087/RJ. Tribunal Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Julg. 01.02.95. *Diário de Justiça da União*, 07 abr. 1995, p. 8870, v. 1782-01, p. 1.

²⁸ ADIMC nº 1.254/RJ. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 14 jun. 1995. *Diário de Justiça da União*, 18 ago. 1995, p. 24894, v. 1796-01, p. 158; ADI nº 1434/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 20.08.96. *Diário de Justiça da União*, 22 nov. 1996, p. 45684, v. 1851-01, p. 141.

federal, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros. Precedentes do STF:²⁹ A Suprema Corte posiciona-se, portanto, no sentido de que “[...] a cláusula de reserva pertinente ao poder de instauração do processo legislativo traduz postulado constitucional de observância compulsória, cujo desrespeito — por envolver usurpação de uma prerrogativa não compartilhada — configura defeito jurídico insanável. As normas restritivas inscritas no art. 63 da Constituição Federal aplicam-se ao processo de formação das leis instaurado no âmbito dos Estados-Membros”.³⁰

A questão específica de criação de Tribunal estadual mediante Emenda à Constituição Estadual já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal: Paraná. Constituição Estadual. ADCT. Criação de Novos Tribunais. Extensão do poder constituinte da Assembléia Legislativa local. Suspensão cautelar. O relevo jurídico do tema suscitado evidencia-se pela singular circunstância de que o poder constituinte do Estado Membro traduz função jurídica necessariamente sujeita aos condicionamentos normativos postos pela Constituição Federal. É na Constituição Federal que se localiza a fonte jurídica do poder constituinte do Estado Membro (Raul Machado Horta). Esta Corte tem concedido a suspensão liminar de atos normativos impugnados em ações diretas — como a presente — onde se discute o tema do autogoverno da Magistratura e o exercício do poder de criar, alterar ou extinguir Tribunais locais sem o necessário concurso do Tribunal de Justiça.³¹

2.5. Sobre a reforma e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias representa, no contexto da Constituição, “técnica de acomodação normativa” direcionada a afastar o colapso que adviria do vazio jurídico gerado pela substituição da Constituição. Assim, as normas de transição regulam situações discrepantes das normas constitucionais permanentes.³² Os traços marcantes são a temporariedade e a transitoriedade. São normas que vão desaparecer ou perder a eficácia em virtude do cumprimento dos atos ou determinações do Constituinte.

Como se sabe, os Tribunais Regionais Federais existentes foram criados pelo §6º, do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Na

²⁹ ADIMC nº 1.568/ES. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. Julg. 26 maio 1997. *Diário de Justiça da União*, 20 jun. 1997, p. 28468, v. 1874-3, p. 434.

³⁰ ADIMC nº 805/RS. Rel. Tribunal Pleno. Min. Celso de Mello. Julg. 26.11.1992. *Diário de Justiça da União*, abr. 1994, p. 7225, v. 1739-3, p. 513.

³¹ ADI-MC nº 161/PR. Tribunal Pleno. Rel. Min. Célio Borja. Julg. 11.12.89. *Diário de Justiça da União*, 23 fev. 90, p. 1235, v. 1570-01, p. 19.

³² HORTA, *op. cit.*, p. 321.

*classificação de Raul Machado Horta, na disposição que criou os Tribunais Regionais residiria, hoje, norma de eficácia exaurida.*³³

A criação dos tribunais mediante Emenda à Constituição Federal constará de emenda aditiva ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Se o poder constituinte derivado — alguém poderia argumentar — pudesse criar Tribunais mediante emenda ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estaria se alçando ao nível do poder constituinte originário. Isto traria por consequência a igualação entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado.

No entanto, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias integra a Constituição como qualquer outra parte, podendo, por isso, sofrer interferência do poder constituinte de reforma. Para o Supremo Tribunal Federal, “[...] contendo as normas constitucionais transitórias exceções à parte remanescente da Constituição, não tem sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta, até porque é da natureza mesma das coisas que, para haver exceção, é necessário que haja regra, de cuja existência aquela, como exceção, depende. A enumeração autônoma, obviamente, não tem o condão de dar independência àquilo que, por sua natureza mesma, é dependente”.

Foi com esta argumentação que a Suprema Corte julgou improcedente ação direta de inconstitucionalidade aforada contra Emenda Constitucional tendo por objeto o art. 2º, do ADCT da Constituição de 1988.³⁴

Logo, admitida a possibilidade de reforma de dispositivos constantes do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, importa também afirmar que o processo legislativo de proposta de emenda apresentada com o objetivo de criação de Tribunal não se submete ao comando do art. 96, II, “c”, da Constituição. É que, tratando-se de Emenda à Constituição Federal, sobre ela não incide a reserva de iniciativa conferida ao Judiciário. Esta vincula o Congresso Nacional no exercício da competência legislativa ordinária (poder constituído), mas nunca no exercício do poder de reforma constitucional (Poder Constituinte), exceto no âmbito estadual (Poder Constituinte Decorrente).

3. Resposta ao quesito

O art. 96, II, c, da Lei Fundamental não impede a criação de Tribunal Regional Federal por via de Emenda à Constituição Federal. Sobre ser constitucional, eventual Emenda com esse propósito não viola o núcleo não abolível representado pelas cláusulas pétreas consignadas no art. 60, §4º da Constituição. Aliás, tratando-se de reforma constitucional, a limitação em questão incide exclusivamente sobre o Poder Constituinte Decorrente, exercido no âmbito dos Estados-Membros.

É o que me parece.

³³ HORTA, *op. cit.*, p. 331.

³⁴ ADI nº 829/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Julg. 14.04.93. *Diário de Justiça da União*, 16 set. 94, p. 24278, v. 1758-01, p. 62.

2.1 Ainda sobre o primeiro quesito

A título de reforço, convém remarcar que o Supremo Tribunal Federal tem posição pacífica a respeito da matéria. Com efeito, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) provocou, por meio da ADI nº 3.367/DF, o controle abstrato da constitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Emenda Constitucional nº 45/2004, que, entre outras medidas, introduziu na ordem jurídica brasileira, integrando o Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Em seu voto, o Relator, Min. Cezar Peluso, entre outros argumentos, destacou que o CNJ não pode ofender o princípio da separação dos poderes porque é órgão próprio do Poder Judiciário. Aduziu que o Poder Legislativo também tem a função de controle dos Poderes, com o auxílio do Tribunal de Contas, constituindo autêntico “controle externo” e, nem por isso, supõe alguma incompatibilidade com o sistema de separação dos poderes. Diante disso, o Relator votou pela improcedência da ação, tendo sido a ADI julgada, por maioria, improcedente. O argumento que vale para a Emenda Constitucional nº 45/2004 também vale para a PEC nº 544/2002. Sendo constitucional aquela Emenda, é também constitucional a PEC. Se é inconstitucional a PEC, então padece de inconstitucionalidade a reforma do Judiciário providenciada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, particularmente na parte em que (i) introduz no Poder Judiciário um novo órgão, o Conselho Nacional de Justiça, comprimindo inclusive a autonomia dos Tribunais garantida pelo Constituinte Originário (arts. 96 e 99 da CF), (ii) determina a criação da justiça itinerante ou o funcionamento descentralizado dos Tribunais ou, por fim, (iii) extingue os Tribunais de Alçada, mediante incorporação de seus membros e competências aos Tribunais de Justiça. No último caso, é de lembrar que ao Judiciário foi conferida, nos termos do art. 96, II, “c” da Constituição Federal, a iniciativa não apenas para propor a *criação*, mas também a *extinção* de tribunais inferiores.

É possível ir além. A Emenda Constitucional nº 24/1999 extinguiu a representação classista na justiça do trabalho, tendo sido, ainda que de modo reflexo, admitida como válida pelo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1.878/DF e ADIMC nº 2.149/DF). A competência do próprio Supremo Tribunal Federal (e de outros tribunais) também foi alterada, mais de uma vez, por Emenda Constitucional (por exemplo, Emendas Constitucionais nºs 3/93 e 45/2004), sem que sobre a iniciativa exista dúvida quanto à higidez. *O argumento, portanto, da usurpação de iniciativa, significando vulneração da cláusula atinente aos poderes divididos, não guarda sentido, inclusive porque a proposta de emenda em questão não diminui, ao*

contrário, fortalece o Poder Judiciário, ampliando a estrutura já existente, significando com isso respeito à função jurisdicional, atividade típica da autoridade judiciária, e, por isso mesmo, ao arranjo constitucional da separação de poderes.

2.2 Cuidando do segundo quesito

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, segundo noticia a imprensa,³⁵ em pronunciamento manifestamente contrário à medida, estimou que o custo de implantação dos novos tribunais chegaria a oito bilhões de reais. A falta de precisão com a qual algumas autoridades brasileiras falam sobre números já não causa mais espanto.

Cumpra observar o problema dos custos a partir de duas frentes. Primeiro, é oportuno remarcar que há, para o funcionamento de qualquer instituição, um custo que deve ser levado em conta. Afinal, os direitos custam, alertam Holmes e Sunstein.³⁶ O mesmo ocorre com os seus meios de proteção.

A criação de novos Tribunais Regionais Federais constitui adequada medida para aliviar a sobrecarga da Justiça Federal e efetivar o acesso à justiça. Supõe escolha do Poder Constituinte Derivado que não agride cláusula pétrea alguma, implicando política que atende, ademais, ao disposto no art. 3º, II e III da Constituição Federal. Trata-se, nesse sentido, de democratizar o acesso à justiça e aprimorar a prestação jurisdicional para melhor atingir os jurisdicionados das regiões do país que estão a demandar maior atenção.

Uma segunda linha de argumentação deve ser desenhada. Os números referentes à Justiça Federal são importantes para justificar a pertinência da criação dos novos tribunais. No ano de 2012, tramitavam no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (que tem jurisdição sobre 13 Estados, além do Distrito Federal) 390.782 feitos, perfazendo uma média de aproximadamente 16.000 distribuídos para cada um dos 24 desembargadores com funções judicantes.

³⁵ A notícia foi veiculada em diversos meios midiáticos, sobre a questão ver:

“Barbosa ironiza criação de quatro novos tribunais e diz que eles ficarão em resorts”, O Estado de São Paulo, 08 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,barbosa-ironiza-criacao-de-quatro-novos-tribunais-e-diz-que-eles-ficarao-em-resorts,1018556,0.htm>>.

“Criação de novos TRFs ‘implicará enormes custos ao erário’, diz Barbosa”, Folha de São Paulo, 03 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1256626-criacao-de-novos-trfs-implicara-enormes-custos-ao-erario-diz-barbosa.shtml>>.

³⁶ Cf. HOLMES; SUNSTEIN. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York, W.W. Norton & Company, 2011.

Tramitam, por outro lado, atualmente na Justiça Federal, mais de um milhão de feitos.³⁷ Cerca de 66,6% dos casos distribuídos não são resolvidos no mesmo ano, situação que repercute no congestionamento da segunda instância. Por outro lado, no intervalo entre 1989 e 2013 o número de juízes federais cresceu 668%, enquanto o de desembargadores sofreu incremento de apenas 89%. Bem por isso, manifesta-se uma taxa de congestionamento de 65,5% nas turmas, segundo o Conselho Nacional de Justiça.³⁸ Ora, a carga individual de trabalho dos membros dos Tribunais Regionais Federais é cerca de cinco vezes maior que a de seus pares nas Justiças do Trabalho e Estadual.

Há, atualmente, pouco mais de cem desembargadores federais em atividade, número insuficiente para solucionar os pleitos advindos de todos os rincões da Federação. Observa-se, portanto, a dificuldade do acesso à Justiça no segundo grau.

Uma alternativa poderia derivar da aplicação do art. 107, §3º da Constituição, que autoriza a criação de Câmaras descentralizadas. Ter-se-ia, aqui, um modo tangencial de enfrentamento da sobrecarga da Justiça Federal. Ora, as Câmaras também implicariam custos de instalação e manutenção, inclusive para o deslocamento dos desembargadores e equipes de apoio da sede do Tribunal para os locais de realização das sessões descentralizadas. As Câmaras, por outro lado, não solucionariam a disparidade estrutural existente entre a 1ª e a 2ª instâncias no âmbito da Justiça Federal.

Ademais, o custo efetivo para a instalação dos Tribunais Regionais Federais pode ser estimado entre 700 milhões de reais e 1,3 bilhão por ano, significando despesas, portanto, bastante mais modestas do que aquelas sugeridas pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.³⁹ *É preciso lembrar, todavia, que a questão do custo da implantação dos Tribunais não constitui argumento suficiente para, a partir de um lugar constitucional, impedir a promulgação da PEC nº 544/2002 ou justificar ato com idêntico propósito. Deveras, observado desde um lugar estritamente jurídico, o poder de reforma constitucional está acima deste nível de discussão.*

³⁷ Cf. *Justiça em Números – Justiça Federal*, Conselho Nacional de Justiça, 2012. p. 79.

³⁸ *Idem*, p. 205.

³⁹ Sobre o custo estipulado em R\$1,3 bilhão, ver os dados apresentados pela ONG “Contas Abertas”: “Novos TRFs devem elevar em R\$1,3 bilhão gastos do Poder Judiciário”, Contas Abertas, 05 de abril de 2013 <<http://www.contasabertas.com.br/WebSite/Noticias/DetalheNoticias.aspx?Id=1222&AspxAutoDetectCookieSupport=1>>.

Sobre o custo estipulado em R\$700 milhões, ver os dados apresentados na Nota Técnica da AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil): “Nota Técnica nº 03/2013”, Brasília, 22 de abril de 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-ajufe-pec-544.pdf>>.

Embora a problemática dos custos não seja importante para o debate constitucional, não é demais lembrar que estudos técnicos providenciados pelo Conselho da Justiça Federal apontam no sentido de que a expansão proposta pela PEC nº 544/2002 não conflita com os limites legais derivados da Lei de Responsabilidade Fiscal, sendo certo que a margem de expansão prevista no Anexo III.2 da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2012 abrangeria as despesas projetadas com o impacto anual.⁴⁰

Também deve ser afirmado que o art. 27, §12 do ADCT, com a redação oferecida pela PEC nº 544/2002, estabelece o prazo de seis meses para que os novos Tribunais sejam instalados. A iniciativa do Constituinte, portanto, desafia a ulterior deflagração de um processo legislativo ordinário para a sua concretização. Nesse caso, o projeto de lei cuidando das novas Cortes deverá, consideradas as balizas financeiras, levar em consideração também os demais dados técnicos disponíveis, contando, além do mais, com o discernimento e a experiência dos membros do Conselho da Justiça Federal para a satisfação de maneira ótima, mas igualmente eficiente e econômica, da vontade do poder reformador.

Sintetizando, a discussão em torno dos custos faz sentido do ponto de vista financeiro ou político. Desde a ótica estritamente constitucional, entretanto, o debate é impertinente. Afinal, as emendas constitucionais providenciadas, no plano federal, pelo Poder Constituinte Derivado não se sujeitam, absolutamente, às amarras constitucionais da atividade legislativa ordinária. Daí porque as limitações constantes do art. 63 da Constituição, sempre incidentes sobre as emendas parlamentares no processo legislativo ordinário, não vinculam de modo algum o Congresso Nacional no exercício do poder de reforma constitucional.

2.3 O frágil terceiro argumento

O Projeto de Emenda Constitucional nº 544/2002 foi apresentado no distante ano de 2001. Naquele momento tramitava com outro número (PEC nº 29/2001) e, mediante o acréscimo dos §§11 e 12 ao art. 27 do ADCT, cuidava da criação do TRF da 6ª Região, com sede em Curitiba e jurisdição nos Estados do Paraná, Mato Grosso do Sul e Santa Catarina, e do TRF da 7ª Região, com sede em Belo Horizonte e jurisdição nos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo.

Submetida à apreciação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o Relator, Senador Osmar Dias, apresentou parecer favorável, demonstrando,

⁴⁰ Cf. Ofício nº 2012/01822 do Conselho da Justiça Federal.

inclusive, que o poder de iniciativa constante do art. 96, II, "c" da CF não integraria o núcleo rígido da separação dos poderes, afastando qualquer suspeita de inconstitucionalidade da proposição.

Apresentadas duas Emendas de Plenário à PEC nº 29/2001, por meio do Parecer nº 1.464/2001, o Senador Osmar Dias aquiesceu com a criação do TRF da 8ª Região, com sede em Salvador e jurisdição nos Estados da Bahia e do Sergipe. Mais tarde, com o Parecer nº 116/2002, o mesmo parlamentar se pronunciou, outra vez, no sentido da aprovação da PEC, agora incluindo o TRF da 9ª Região, com sede em Manaus e jurisdição nos Estados do Amazonas, Acre, Rondônia, Pará, Amapá e Roraima. O Estado do Espírito Santo voltou a ficar vinculado ao TRF da 2ª Região.

Em 17 de abril de 2002 foi aprovado o substitutivo da PEC nº 29/2001. Com isso, a Proposta de Emenda recebeu nova numeração, sofrendo o acréscimo do §12 tratando da instalação no prazo de seis meses, reproduzindo aquilo que já havia sido contemplado no §6º, *além da desnecessária disposição no sentido da observância do art. 107, I e II da CF na composição dos Tribunais*. Em 22 de maio de 2002, a PEC foi aprovada em 2º turno.

Encaminhada à Câmara, passou pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), figurando, agora, como Relator o Deputado Ibrahim Abi-Ackel. Este também se manifestou no sentido de que o artigo 96, inciso II, alínea "c" da *Lei Fundamental* não obstaría a criação dos Tribunais diante da inexistência de ofensa ao princípio de separação dos poderes, estando a proposta, nos termos do Parecer, "em consonância com os princípios constitucionais do 'acesso ao Judiciário' e do 'devido processo legal'".

Defendeu, porém, que a técnica de redação da PEC carecia de aperfeiçoamento, pois a "matéria constante do §12 introduzido ao art. 27 do ADCT deveria constar de dispositivo da Emenda Constitucional e, não, (*sic*) estar inserida no texto constitucional". Advertindo que o §12 tratou do prazo para a instalação dos Tribunais, em benefício da melhor técnica legislativa, nos termos inclusive do que propõem o *Manual de Redação da Presidência da República* e o *Manual de Técnica Legislativa do Senado Federal*, e considerando que temas provisórios não devem constar do texto permanente da Constituição Federal, propôs que tal dispositivo deveria integrar um novo artigo no texto da própria Emenda Constitucional a ser promulgada. A Comissão Especial recebeu a PEC em 24 de junho de 2003, atuando como Relator o Deputado Eduardo Sciarra. *Apresentadas as emendas, foram elas rejeitadas pelo Relator que, ademais, retirou do texto a menção à forma de composição dos Tribunais, desnecessárias já que apenas reproduziam comando constitucional cuidando do assunto.*

Aprovado o Parecer em setembro de 2003, converteu-se no substitutivo da PEC original. Em 13 de março de 2013, depois de um longo período dormitando, a PEC nº 544/2002 foi, finalmente, incluída na ordem do dia para ser votada, em primeiro turno, pela Câmara dos Deputados. Vencendo o substitutivo, ficaram prejudicadas as demais emendas e a proposta inicial. Em 03 de abril de 2013, já em segundo turno de votação, foi definitivamente aprovada. Dispensada a providência da redação final considerando o fato de que o texto aprovado não operou modificação substantiva da proposta original, foi enviada a proposição para a Mesa do Senado Federal, tendo sido a sessão de promulgação planejada para o dia 12 de abril de 2013.

A tramitação na Câmara dos Deputados observou à risca a normativa regimental. De acordo com o art. 202, §§2º e 3º, as emendas às Propostas de Emenda à Constituição deverão ser apresentadas na Comissão Especial para análise de mérito, Comissão esta designada pelo Presidente da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania.⁴¹ *No caso, o substitutivo do Relator, apreciado pela Comissão Especial, simplesmente conferiu maior precisão à redação, incorrendo, diante disso, qualquer alteração de ordem substantiva na proposta.*

Nesta altura há lugar para dizer algo a propósito do artigo 367 do Regimento Interno do Senado Federal, nos termos do qual “Considera-se proposta nova o substitutivo da Câmara a proposta de iniciativa do Senado”. Ora, o dispositivo regimental desafia interpretação pertinente. Parece indiscutível que cuida das situações nas quais o substitutivo introduz alteração de ordem material, substantiva, implicando alteração de sentido da proposição, com derivação de normatividade inaugural. *Não incide, portanto, nas hipóteses em que o substitutivo providencia mera adequação de ordem formal, aperfeiçoando a redação, inclusive para melhor compreensão do conteúdo normativo já aprovado na Câmara iniciadora.*

No caso, reafirme-se, não houve qualquer alteração material que pudesse reorientar o sentido e a finalidade da PEC nº 544/2002. Ocorreu, na circunstância, insignificante mudança redacional para operar sintonia entre o texto da Emenda

⁴¹ Cf. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art. 202. A proposta de emenda à Constituição será despachada pelo Presidente da Câmara à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que se pronunciará sobre sua admissibilidade, no prazo de cinco sessões, devolvendo-a à Mesa com o respectivo parecer. [...] §2º Admitida a proposta, o Presidente designará Comissão Especial para o exame do mérito da proposição, a qual terá o prazo de quarenta sessões a partir de sua constituição para proferir parecer. §3º Somente perante a Comissão Especial poderão ser apresentadas emendas, com o mesmo quórum mínimo de assinaturas de Deputados e nas condições referidas no inciso II do artigo anterior, nas primeiras dez sessões do prazo que lhe está destinado para emitir parecer”.

e o permanente da Constituição. Assim, não pode ser entendida como “proposta nova” a redação adotada pela Câmara dos Deputados.

Ademais, como medida de cautela, a Câmara dos Deputados encaminhou consulta ao então Presidente do Senado, Senador José Sarney, sobre a necessidade do retorno da PEC ao Senado Federal, no caso da mera supressão da parte final do §12. Em resposta, o Senador manifestou-se nos seguintes termos:

A supressão do dispositivo autônomo de proposta de emenda à Constituição pela outra Casa, sem que a matéria retorne à Casa iniciadora — seguindo, portanto, à promulgação —, é procedimento consagrado no processo legislativo sob a vigência da Constituição de 1988, já tendo merecido, inclusive, manifestação favorável do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIN nº 2.031-5 (DF). [...] Portanto, entendo que a supressão dos termos “*observado, quanto à sua composição, o estabelecido nos incisos I e II do art. 107 da Constituição Federal*”, por caracterizar-se como uma regra autônoma, não implicará o retorno da matéria à Casa iniciadora.⁴²

Como se vê, não há “erro material” na supressão do §12, sendo a medida incapaz de alterar, em termos concretos, a forma de composição dos novos Tribunais, continuando ela, aliás, após a manifestação da Câmara, naturalmente submetida ao especificado nos incisos I e II do art. 107 da Constituição da República.

Nada de novo, portanto, foi aprovado na Câmara implicando alteração do conteúdo da proposição.

Diante disso, não cabendo ao Presidente do Senado o exercício do poder de veto, não há, agora, para ele, outro caminho senão aquele voltado ao integral cumprimento do contido no art. 60, §3º da Lei Fundamental da República, segundo o qual “A Emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem”. Aliás, neste particular, tratando-se de atribuição das Mesas, a nova Emenda Constitucional pode ser promulgada, eventualmente, mesmo sem a participação do atual Presidente do Senado Federal. O que não se pode admitir no Estado Democrático de Direito é a ação solitária do Presidente da Câmara Alta impedir a promulgação de uma Emenda Constitucional regularmente processada e aprovada pelos deputados e senadores no exercício do Poder Constituinte de Reforma. Aliás, neste particular, sustenta com absoluta pertinência o eminente

⁴² Cf. Secretaria-Geral da Mesa OF. SF/1.515/2003. Ainda sobre a denominação de PEC nº 29/2001, Brasília, 08 de setembro de 2003, p. 91-92.

constitucionalista José Adércio Leite Sampaio que “a falta de promulgação da PEC, essa, sim é uma atitude inconstitucional. A Constituição não equipara o ato de promulgar, solenidade de publicização dos enunciados normativos aprovados, à sanção presidencial, manifestação de aquiescência ao projeto de lei oriundo do Legislativo. Uma é condição de vigência do ato; outra é seu requisito de validade. Numa, a sanção, admite-se o controle de constitucionalidade preventivo, externado no veto; noutra, a promulgação, não. O eventual desatendimento por parte das Mesas do Congresso à manifestação soberana e qualificada dos congressistas é um desserviço à dignidade da própria Casa.”⁴³

2.4 Por fim, corrigindo um equívoco

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, segundo noticia a imprensa, manifestando incompreensível contrariedade, teria afirmado que os novos Tribunais estariam sendo criados de modo “sorrateiro” e sem consulta ao Conselho Nacional de Justiça.⁴⁴ Calha, neste ponto, afirmar que não pode ser sorrateiro um processo legislativo que se arrasta por mais de dez anos, sempre com absoluta publicidade. Além disso, na república brasileira, como parece comezinho, o Poder Constituinte, *observado o cerne da Lei Fundamental*, continua residindo acima dos poderes constituídos, não precisando a eles se reportar, a não ser como medida de sabedoria política. O Judiciário, incluindo o Conselho Nacional de Justiça, está aí para dar cumprimento à Constituição. A consulta ao Conselho Nacional de Justiça, portanto, órgão, aliás, criado por Emenda Constitucional, exceto diante de iniciativa orientada pela virtude dialógica (alteridade) ou pela cortesia política (harmonia), tudo num ambiente democrático, respeitoso e cooperativo, definitivamente não constitui requisito para a validade da manifestação do Poder Constituinte de Reforma, ainda quando esteja este a cuidar de matéria envolvendo o Judiciário. Ademais, o Conselho Nacional de Justiça não ficou alheio

⁴³ Cf. “SaPECada – as críticas à PEC dos tribunais regionais federais”, Dom Total, 16 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/3536>>.

⁴⁴ De acordo com matéria veiculada pelo jornal *O Globo*, o Presidente do STF teria manifestado que: “Mais uma vez, se toma uma decisão de peso no país sem ouvir o CNJ. Ou seja, à base de cochichos. Os senadores e deputados foram induzidos a erro. Porque ninguém colocou nada no papel”. (BARBOSA chama de “sorrateira” a criação de novos TRFs. *O Globo*, 08 abr. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/barbosa-chama-de-sorrateira-criacao-de-novos-trfs-8060997>>). No mesmo sentido ver: “Barbosa critica novos TRFs e associações de juizes”, *Consultor Jurídico*, 08 abr. 2013. <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-08/joaquim-barbosa-critica-novos-trfs-reuniao-tensa-associacoes-juizes>>.

à tramitação da matéria, tendo mesmo tratado do tema em sessão realizada no dia 09 de fevereiro de 2010. Deveras, na 98ª Sessão Ordinária, ao apreciar o feito nº 0200511-29.2009.2.00.0000, como consta da respectiva Ata, o Conselho Nacional de Justiça aprovou proposta no sentido de encaminhar ao Congresso Nacional Nota Técnica para o fim de acelerar a criação dos quatro Tribunais Regionais Federais, tendo sido a proposta aprovada pela maioria dos Conselheiros presentes. É verdade, argumenta José Lucio Munhoz, que tal expediente (a Nota Técnica) jamais foi expedido, “mas isso não afasta o fato de que o Conselho não só oficialmente conhecia a proposta de criação dos quatro TRFs há mais de três anos, como também aprovava a sua criação, a qual deveria até mesmo ser ‘acelerada’, segundo a proposição formalmente aprovada em plenário e jamais revogada”.⁴⁵

3 Respostas aos quesitos

Primeiro Quesito

Ao primeiro quesito responde-se *negativamente*. O art. 96, II, “c” da Lei Fundamental da República não impede a criação de Tribunais Regionais Federais por via de Emenda à Constituição Federal. Sobre ser constitucional, a Emenda não fere o núcleo constitucional representado pelas cláusulas pétreas consignadas no art. 60, §4º da Constituição.

Segundo Quesito

Ao segundo quesito responde-se também *negativamente*. Os custos para a criação dos novos Tribunais Regionais Federais não substanciam, desde um ponto de vista estritamente jurídico, fator impeditivo da sua criação por meio de Emenda Constitucional. Cumpre lembrar, além do mais, que as restrições da Constituição incidentes sobre as emendas parlamentares em processo legislativo ordinário, mesmo envolvendo assunto de interesse dos demais Poderes, não vinculam o Congresso Nacional no exercício do Poder Constituinte Derivado.

Terceiro Quesito

Ao terceiro quesito responde-se, de igual modo, *negativamente*. A aprovação de substitutivo na Câmara dos Deputados, veiculando mudança meramente formal, não implicando alteração substantiva da matéria aprovada no Senado, não impede a promulgação da nova Emenda Constitucional. Ao contrário, exigência

⁴⁵ Cf. CNJ conhecia e aprovou a criação dos novos TRFs. *Consultor Jurídico*, 09 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/jose-lucio-munhoz-cnj-conhecia-aprovou-criacao-novos-trfs>>.

do regime republicano e democrático, cabe ao Presidente do Senado reunir as Mesas das duas Casas do Congresso Nacional para providenciar a imediata promulgação do texto, tudo nos termos da Constituição Federal.

É o que me parece.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Criação de Tribunais Regionais Federais por Emenda Constitucional: possibilidade. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 235-255, out./dez. 2013. Parecer.

Recebido em: 21.08.2013

Apovado em: 22.10.2013