



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 62/2015-AsJConst/SAJ/PGR

Referência: Procedimento preparatório 1.34.023.000285/2011-48
Interessado: Luiz Ribeiro Cordioli
Assunto: Representação de inconstitucionalidade em face do art. 166, § 3º, II, *b*, da Constituição da República e de omissão do Congresso Nacional em realizar auditoria da dívida externa brasileira.

DESPACHO

Trata-se de pedido de reconsideração de decisão que determinou arquivamento do procedimento preparatório em epígrafe, instaurado a partir de representação dirigida contra (i) o art. 166, § 3º, II, *b*, da Constituição da República;¹ e (ii) omissão do Congresso Nacional em realizar auditoria na dívida externa brasileira, segundo determina o art. 26, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988.²

1 “Art. 166. [...]”

§ 3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: [...]

II – indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre: [...]

b) serviço da dívida; [...].”

2 “Art. 26. No prazo de um ano a contar da promulgação da Constituição, o Congresso Nacional promoverá, através de Comissão mista, exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro.”

A promoção de arquivamento adotou como fundamentos: (i) inviabilidade de instauração de controle concentrado de constitucionalidade em face de norma constitucional originária, com base em parâmetro de controle distinto da Constituição (no caso, o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988); e (ii) existência de processo de controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (arguição de descumprimento de preceito fundamental 59/DF) já dirigido contra a mora na realização de auditoria sobre a dívida externa brasileira (folhas 21-23).

No recurso, o representante reforça os argumentos acerca da inconstitucionalidade do art. 166, § 3º, II, *b*, da Constituição da República e sustenta, em síntese que: (i) o dispositivo, por ter sido inserido de forma fraudulenta na Carta Política, não possuiria qualidade de norma constitucional originária; (ii) manter no texto da Constituição dispositivo não discutido pela Assembleia Nacional Constituinte (ANC) afrontaria o regime democrático; (iii) a tese da inadequação do parâmetro de controle de constitucionalidade não integrante da própria Constituição apenas poderia ser considerada em face de normas constitucionais legítimas; (iv) a decisão de arquivamento se limitou a aspecto formal da representação e não apreciou o mérito das alegações suscitadas pelo representante; e (v) houve extrapolação dos limites estabelecidos pelo próprio poder constituinte originário.

É o relatório.

De início, no que tange ao mérito há certa plausibilidade na tese apresentada pelo representante. Com efeito, os documentos acostados à representação indicam ter havido inobservância, pelo Constituinte de 1988, das normas procedimentais que regiam o processo de elaboração da Constituição da República, previstas no Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, (RI/ANC) aprovado pela Resolução 2, de 25 de março de 1987.



Ao dispor sobre tramitação do projeto de Constituição, em segundo turno, o art. 29, *caput*, do regimento apenas admitia alterações de redação nas seguintes hipóteses: (i) emendas supressivas; (ii) emendas destinadas a sanar omissões, erros ou contradições; e (iii) emendas de redação para correção de linguagem:

art. 29. Recebido o parecer da Comissão, este será publicado no *Diário da Assembleia Nacional Constituinte* e em avulsos, sendo a matéria, dentro de 48 ([...]) horas, incluída em Ordem do Dia, para discussão em segundo turno, nela podendo permanecer até 15 ([...]) dias, vedada a apresentação de novas emendas, salvo as supressivas e as destinadas a sanar omissões, erros ou contradições, ou de redação para correção de linguagem.³

O RI foi posteriormente alterado pela Resolução 3, de 1988, da Assembleia Nacional Constituinte, publicada no *Diário Oficial* de 6 de janeiro de 1988, que, no art. 11, § 3º, manteve as restrições acima mencionadas:

art. 11. Concluída a votação do projeto, das emendas e dos destaques, o Relator redigirá o vencido, para sua apreciação em segundo turno, no prazo de até 7 ([...]) dias.

[...]

§ 3º Durante a discussão em segundo turno, fica facultada a cada Constituinte a apresentação de ([...]) emendas supressivas, além de outras destinadas a sanar omissões, erros ou contradições, ou para correção de linguagem.⁴

Conforme expôs o representante, a redação final aprovada pelo Constituinte de 1988, a qual se transformou na atual Constituição da República, contém dispositivo oriundo de alteração realizada em segundo turno de votação, fase em que não caberia emenda de natureza aditiva. Trata-se do art. 166, § 3º, da Constituição da República:

3 Disponível por meio do atalho < <http://zip.net/bxrL0S> > ou < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987 >; acesso em: 3 ago. 2015.

4 Disponível por meio do atalho < <http://zip.net/btrLxQ> > ou < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-3-1987 >; acesso em: 3 ago. 2015.

Art. 166 [...]

§ 3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I – sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II – indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) dotações para pessoal e seus encargos;

b) serviço da dívida;

c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III – sejam relacionadas:

a) com a correção de erros ou omissões; ou

b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.

O dispositivo correspondia ao art. 195, § 3º, do projeto “A” de Constituição aprovado em primeiro turno, o qual foi renumerado pela Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte, e passou a constar do art. 172, § 3º, do projeto “B” de Constituição:⁵

Art. 172. [...]

§ 3º As emendas aos projetos de lei do orçamento anual e de créditos adicionais somente poderão ser aprovadas quando se relacionarem com:

I – os investimentos e outras despesas deles decorrentes, desde que:

a) sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

b) indiquem os recursos necessários, admitidos somente os provenientes de anulação de despesas da mesma natureza;

II – as autorizações a que se refere o artigo anterior, § 8º, I;⁶

5 Câmara dos Deputados. *O processo histórico da elaboração do texto constitucional*. Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. Volume 1. Parte 2. p. 146. Disponível em: < <http://zip.net/bsrLsQ> > ou < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/o-processo-historico-da-elaboracao-do-texto-1 >; acesso em: 23 fev. 2015.

6 “Art. 171. [...]

§ 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição:

I – a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, operações que não excederão a terça parte da receita total estimada para o exercício financeiro e serão obrigatoriamente liquidadas até trinta dias depois do encerramento deste;



III – a correção de erros ou inadequações.

Da análise de ambas as redações, verifica-se que a previsão do *serviço da dívida* como hipótese excepcionadora da regra constitucional de indicação de recursos para admissão de emendas a projeto de lei do orçamento não constava da redação do projeto de Constituição aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte em primeiro turno de votação, mas foi acrescida indevidamente no segundo turno, quando somente emendas supressivas ou corretivas poderiam ser admitidas (Resolução ANC 2/1987, art. 29, e Resolução ANC 3/1988, art. 11, § 3º).

A matéria é da mais elevada relevância, uma vez que versa aspecto fundamental do orçamento da República, ligado ao pagamento de muitos bilhões de reais a título de serviço da dívida pública, ou seja, o pagamento de amortizações e juros da dívida pública brasileira.

Sem embargo, o fato de o art. 166, § 3º, II, *b*, da Constituição da República não se ter originado do processo de reforma constitucional (fruto de emenda à Constituição), mas, de toda sorte, constituir preceito promulgado pelo Poder Constituinte originário, torna-o insuscetível de impugnação por meio dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade.

Além de ato jurídico, a constituição originária é, sobretudo, ato político resultante de manifestação soberana do poder popular, nos países democráticos. Os mecanismos jurídicos que prevê destinam-se à proteção dela própria contra atos jurídicos subsequentes que a desrespeitem, como normas infraconstitucionais e até emendas a seu texto. Não cogita a Constituição, todavia, de mecanismos processuais para fiscalização do próprio poder constituinte, dito originário por alguns.

II – a discriminação das despesas por Estado, ressalvadas as de caráter nacional, definidas em lei.”

Acerca do objeto do controle judicial de constitucionalidade no sistema brasileiro, INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO observam (sem destaques no original):

Qualquer lei ou ato normativo advindo do Poder Público pode ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade. O órgão judicial pode deixar de aplicar, por considerá-lo inconstitucional, ato formalmente legislativo ou ato normativo emanado dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ou editado nas esferas federal, estadual e municipal. Assim, por exemplo, emenda constitucional, lei ordinária, lei complementar, medida provisória e mesmo regulamento, resolução, portaria e normas dos regimentos internos dos tribunais.

O exame de lei *municipal e estadual* em abstrato (mediante ação direta), em face da Constituição *do Estado*, cabe ao Tribunal de Justiça. Ao STF incumbe o controle abstrato, mediante ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, de norma *estadual e federal* em face da Constituição *Federal*. Por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o STF também pode realizar o controle abstrato de norma municipal em face de preceito fundamental da Constituição Federal.

[...]

Não são passíveis de controle as normas constitucionais primárias. São, porém, as normas constitucionais secundárias, vale dizer, as emendas constitucionais e os tratados internacionais acerca de direitos humanos aprovados por quórum qualificado pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF.⁷

No mesmo sentido, é o magistério de ALEXANDRE DE MORAES:

[...] Não será possível o controle de constitucionalidade de normas originárias, uma vez que[,] ao consagrar a incondicional superioridade normativa da Constituição Federal, o sistema constitucional brasileiro, [*sic*] não adota a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com os princípios constitucionais não escritos e os postulados da justiça (*Grundentscheidungen*).⁸

Dessa maneira, possíveis irregularidades decorrentes da inobservância de normas regimentais no processo de elaboração da Carta Política de 1988, por

7 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 910 e 1.067.

8 MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 223.



parte da Assembleia Nacional Constituinte, não podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O tema da impossibilidade de controle de normas constitucionais originárias no sistema constitucional brasileiro, aliás, já foi apreciado pela Suprema Corte, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 815/DF. Eis a ementa do julgado:

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

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

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

– Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.

Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.⁹

É verdade que o precedente acima, o qual é caso-líder (*leading case*) na matéria, trata do controle de constitucionalidade de normas originárias em face de outras da própria Constituição, não no que se refere à observância do procedimento de aprovação do corpo normativo constitucional originário. De todo modo, importa é ver que o Supremo Tribunal Federal definiu a impossibilidade de controle de constitucionalidade relativamente às normas constitucionais originárias.

⁹ Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação direta de inconstitucionalidade 815/DF. Relator: Ministro MOREIRA ALVES. 28/3/1996, unânime. *Diário da Justiça*, 10 maio 1996, p. 15.131.



Ante o exposto, proponho indeferimento do pedido de reconsideração e, em consequência, manutenção da promoção de arquivamento do procedimento preparatório, com ciência desta decisão ao interessado.

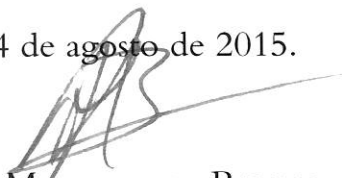
Brasília (DF), 4 de agosto de 2015.



WELLINGTON CABRAL SARAIVA
Procurador Regional da República
Coordenador da Assessoria Jurídica Constitucional

Aprovo.

Brasília (DF), 4 de agosto de 2015.



RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS
Procurador-Geral da República

RJMB/WCS/AMO