

A decisão do STF na ADIN nº 4917-DF e a sua influência nos direitos fundamentais e na separação dos poderes

The Supreme Court decision in ADIN nº 4917-DF and its influence on fundamental rights and the separation of powers

La décision de la Cour suprême dans ADIN nº 4917-DF et son influence sur les droits fondamentaux et la séparation des pouvoirs

Hamanda Rafaela Leite Ferreira¹

RESUMO: O presente artigo faz uma análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4917-DF, que requereu a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 12.734-2012, na parte em que altera os dispositivos de Leis anteriores referentes à distribuição dos royalties do petróleo. Na decisão da medida cautelar, a Relatora Ministra Carmem Lúcia deferiu a medida cautelar, acolhendo a tese autoral e reconhecendo aos Estados produtores de petróleo a titularidade de direitos fundamentais. Do estudo da mencionada decisão observou-se que os assuntos tratados nesta ADIN abarcam discussões importantes e interessantes, que envolvem o diálogo institucional, o pacto federativo, a separação de Poderes e os direitos fundamentais. A partir disto, pode-se realizar um arcabouço das tensões entre o direito e a esfera política, considerando os direitos fundamentais como fator de intercessão entre o chamado ativismo judicial e a atuação do Poder Legislativo.

PALAVRAS CHAVE: Ação Direta de Inconstitucionalidade; Royalties do petróleo; Direitos fundamentais; Separação de poderes; Diálogo institucional.

ABSTRACT: This paper analyzes the decision rendered by the Supreme Court on the Direct Unconstitutionality Action (ADIN) nº. 4917 - DF, which aimed at the declaration of unconstitutionality of Law nº 12734-2012, in part by amending the provisions of previous laws and regarding the distribution of oil royalties. In the injunction decision, the Rapporteur Minister Carmen Lucia granted the injunction and recognized the authorial thesis to ensure to oil-producing states ownership of fundamental rights. Study the above decision it was observed that the subjects treated in this action cover important and interesting discussions, involving institutional dialogue, the federal pact, the separation of powers and fundamental rights. From this, one can perform a framework of tensions between law and politics, considering the fundamental rights as intercession factor among the so-called judicial activism and the role of the legislative branch.

KEYWORDS: Direct Action of Unconstitutionality; Royalties on oil; Fundamental Rights, Separation of powers; Institutional dialogue.

RÉSUMÉ: Cet article analyse la décision rendue par la Cour Suprême sur l'inconstitutionnalité procès nº 4917-DF, qui a demandé une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi n ° 12734-2012, en partie en modifiant les dispositions des lois antérieures concernant la répartition des

¹ Advogada da União. Ex- Procuradora do Estado da Paraíba. Especialista em Direito Processual e Direito Tributário. Mestre pelo Programa de Pós-graduação de Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília-UnB

redevances pétrolières. Dans la décision d' injonction, le ministre Rapporteur Carmen Lucia a maintenu l'injonction, accueillant et reconnaissant le thèse d' auteur en reconnaissant que les Etats producteurs de pétrole sont propriétaires des droits fondamentaux. En étudiant la décision ci-dessus, il a été observé que les sujets traités dans ce ADIN couvrent discussions importantes et intéressante sur un dialogue institutionnel, le pacte fédéra , la séparation des pouvoirs et des droits fondamentaux . De cela, on peut effectuer un cadre de tensions entre le droit et la politique, en tenant compte des droits fondamentaux comme le facteur de l'intercession entre l' activisme soi-disant judiciaire et le rôle du pouvoir législatif. **MOTS-CLÉS:** Action directe de inconstitutionnalité; Redevances sur le pétrole; Droits fondamentaux; La séparation des pouvoirs; Le dialogue institutionnel .

1. Introdução: os fatos do precedente e suas razões determinantes

O Estado do Rio de Janeiro apresentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4917-DF² perante o Supremo Tribunal Federal requerendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 12.734-2012, na parte em que altera os dispositivos da Lei nº 9.478-97 referentes à distribuição dos royalties do petróleo.

O Autor, em sua petição inicial, afirmou ser a tese central da ação o fato de o pagamento de royalties e participações especiais inserir-se no pacto federativo originário da Constituição de 1988, sendo uma contrapartida ao regime diferenciado do ICMS incidente sobre o petróleo (pago no destino, e não na origem), bem como envolve, por imperativo do art. 20, § 1º, da Constituição Federal, uma compensação pelos ônus ambientais e de demanda por serviços públicos gerados pela exploração desse recurso natural. Há ainda uma tese de menor abrangência, referente à absoluta ilegitimidade da aplicação do novo regime às concessões firmadas anteriormente à promulgação da Lei Federal n. 12.734/2012 (STF, ADI 4917-DF, p. 5).

Explicitou-se, na petição inicial da ação, ter sido a Lei nº 12.734/2012 editada para alterar as bases da repartição das participações governamentais devidas, nos termos da Constituição, aos Estados e Municípios em cujos territórios ocorra a produção de petróleo. Em síntese, o diploma estabelece uma nova forma de rateio das participações, colocando no centro das preocupações, não os entes produtores – como determina a Constituição -, e sim os Estados que (i) não sofrem os impactos e os riscos associados à exploração de petróleo, e (ii) já se beneficiam de uma regra especial quanto à incidência do ICMS (STF, ADI 4917-DF, p. 18).

² STF, **ADI 4917-DF**, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 18.03.2013, publicação em 21.03.2013.

Então, o Governador do Estado do Rio de Janeiro pôs em questão a validade constitucional dos “arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, todos com a redação dada pela Lei Federal n. 12.734/2012”, argumentando que por estes dispositivos teria sido levada a efeito “verdadeira inversão do sistema constitucional de pagamento de royalties e participações especiais, colocando em seu centro os Estados e Municípios não-produtores, cujas receitas serão imediata e progressivamente ampliadas de forma bastante intensa, à custa dos entes produtores”, o que contrariaria o § 1º do art. 20 da Constituição da República (STF, ADI 4917-DF, p. 21).

O Governador do Estado do Rio de Janeiro defendeu que o advento das normas questionadas teria provocado, assim, a “ruptura do próprio equilíbrio federativo”, pois “os Estados não produtores passaram a se beneficiar da arrecadação de ICMS e de uma inusitada compensação por prejuízos que nunca tiveram” (STF, ADI 4917-DF, p. 39).

Sustenta também o Autor que, mesmo que se viesse a considerar válido o novo regime de partilha dos royalties seria manifestamente inconstitucional que se pretendesse aplicar essas novas regras às concessões instituídas com base na legislação anteriormente vigente” (STF, ADI 4917-DF, p. 40). O fundamento de tal consideração estaria na garantia constitucional do respeito ao direito adquirido: “no caso, o direito adquirido às participações atreladas às concessões já celebradas, constituído nos termos das regras vigentes ao tempo da celebração”. Arremata também a petição inicial que: “Estados também têm direitos fundamentais em relação aos demais entes e é papel do Supremo Tribunal Federal defendê-los e proclamá-los” (STF, ADI 4917-DF, p. 19).

Na decisão da medida cautelar, a Relatora Carmem Lúcia deferiu a medida cautelar, acolhendo a tese autoral e reconhecendo aos Estados produtores de petróleo a titularidade de direitos fundamentais, consagrando o direito fundamental à autonomia federativa. Vejam-se alguns trechos importantes do julgado:

O § 1º do art. 20 da Constituição brasileira compõe-se com outras normas que delineiam o modelo federativo adotado, garantindo-se a autonomia das entidades federadas, dotadas de competências próprias e recursos correspondentes às atribuições que lhes são definidas. A autonomia das entidades federadas é o sinal federativo constitucionalmente fixado. Sem autonomia não há federação. E a autonomia é espaço próprio de competências sob favoráveis condições jurídicas, políticas e financeiras garantidas para o desempenho dos serviços públicos atribuídos a cada qual das entidades, p. 13-14 (...)

Algumas entidades federadas – Estados e Municípios -, em cujo território se tenha a exploração de petróleo ou gás natural ou que seja confrontante com

área de exploração foram resguardadas constitucionalmente na participação dos recursos decorrentes daquela atividade. **O disposto no § 1º do art. 20 da Constituição brasileira definiu direito público subjetivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios à participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural**, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. Afirma-se direito público subjetivo constitucionalmente definido pelo uso da locução inicial da regra “*é assegurada...participação ... ou compensação...*”-p.16 e 17. (...) Assim, o Estado e o Município, em cujo território se tenha exploração de petróleo ou de gás natural ou que seja confrontante com área marítima na qual se dê esta atividade (em plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva), **titulariza o direito assegurado na regra constitucional- p.18 (...)** **O direito de Estados e Municípios, a ser exercido nos termos da lei, não pode ser porta de entrada para o seu amesquinamento pelo legislador**, não se podendo permitir seja esse direito constitucionalmente estabelecido mais formal que real, ainda que o objetivo tenha sido o de angariar novos recursos às demais entidades federadas, igualmente necessitadas de novos aportes para fazer face às demandas sociais (grifo nosso) (STF, ADI 4917-DF, p. 16, 17, 23 e 24).

E ainda ao direito adquirido:

Quanto à alegação de afronta ao inc. XXXVI do art. 5º da Constituição do Brasil, relativa ao direito adquirido mencionado pelo Autor, é de se observar serem protegidos constitucionalmente, como direitos fundamentais, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Esses institutos são desdobramentos ou especificações do princípio da segurança jurídica, um dos esteios da ideia de Justiça, cuja concretização é buscada pelo direito. O direito ordena (é ordem normativa) em busca da Justiça (sua finalidade) para tanto propiciando segurança (que é a força do direito para conforto de todas as pessoas)-24(...)

Das concessões acabadas decorreram direitos que ingressaram no patrimônio público das pessoas federadas e que, mesmo se desdobrando em recebimentos de valores no presente e parcelas no futuro, fundamentam-se em processos findos, válidos, que se formaram e se aperfeiçoaram segundo a legislação vigente no período em que se deram os seus atos. Aplicar a nova legislação àqueles atos e processos aperfeiçoados segundo as normas vigentes quando de sua realização seria retroação, dotar de efeitos pretéritos atos e processos acabados segundo o direito, em clara afronta à norma constitucional do inc. XXXVI do art. 5º, antes mencionado-25 (...)

Conquanto apenas em sede acauteladora de direitos fundamentais federativos, a argumentação apresentada pelo Autor da presente ação e a demonstração por ele feita dos riscos iminentes e de efeitos de difícil desfazimento a serem suportados por Estados e Municípios que se creem titulares do direito prescrito no § 1º do art. 20 da Constituição, conduz ao imediato deferimento do requerido, para suspender os efeitos dos arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, com as alterações promovidas pela Lei

n. 12.734/201, *ad referendum* do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, até o julgamento de mérito da presente ação (grifo nosso) (STF, ADI 4917-DF, p. 28).

A questão da distribuição dos royalties do petróleo é emblemática, principalmente quando se analisa o contexto em a decisão foi proferida, já que os parlamentares dos Estados não produtores viram na elaboração da nova Lei uma oportunidade de fazer uma nova divisão dos royalties entre Estados e Municípios e, como representam a maioria do Congresso Nacional, conseguiram a aprovação da Lei e a mudança na distribuição dos royalties do petróleo foi aprovada pela Câmara dos Deputados. A presidente Dilma Rousseff vetou a mudança realizada que afetava campos já licitados, mas então o Congresso Nacional derrubou esse veto e a Lei foi promulgada, sendo então impugnada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4917-DF, conforme acima explicitado.

Da decisão que concedeu a liminar, a Mesa do Congresso Nacional interpôs recurso no Supremo Tribunal Federal questionando a decisão da ministra Carmen Lúcia, que suspendeu provisoriamente a nova redistribuição dos royalties do petróleo, e o recurso do Congresso ainda terá de ser julgado pelo Plenário do Supremo.

Além disso, após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal o deputado Marcelo Castro (PMDB-PI) protocolou uma proposta de Emenda à Constituição (PEC) que visa estabelecer uma nova fórmula de distribuição de royalties do petróleo, tentando evitar os efeitos do veto do Poder Executivo e da liminar proferida pelo Poder Judiciário.

Percebe-se, deste modo, que os temas tratados nesta ADIN abarcam discussões importantes e interessantes, que envolvem o diálogo institucional, o pacto federativo, a separação de Poderes e os direitos fundamentais.

2. As tensões entre o direito e a esfera política: direitos fundamentais como fator de intercessão e o “ativismo judicial” x “autoritarismo legislativo”

A titularidade de direitos fundamentais, para além da discussão terminológica e conceitual, ocasiona também efeitos práticos na medida em que coloca em pauta discussões acerca dos limites da jurisdição constitucional, vale dizer, se ela deve ou não avançar na análise de questões eminentemente políticas, como aconteceu no caso mencionado.

Faz surgir, por assim dizer, uma relação pouco confortável entre o direito e a política. No curso dessa tormentosa relação, que se constrói diariamente na práxis dos Tribunais, há sempre a manifestação de ameaça ou violação a direito fundamental, que acaba sendo analisada pelo Judiciário, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição (SILVA, 2010, p. 49).

As fricções que surgem entre o direito e a política podem ser exemplificadas na decisão em estudo através do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da titularidade dos direitos fundamentais pelos Estados e Municípios produtores de petróleo (direitos fundamentais federativos e direito adquirido). Os direitos fundamentais seriam um meio de intersecção para que o Judiciário atue também na política.³

Põe-se em relevo o debate acerca do chamado ativismo judicial no sistema jurídico brasileiro e o exercício do controle de constitucionalidade, com recurso a técnicas sofisticadas de interpretação constitucional, com a institucionalização do Supremo Tribunal Federal como instância deliberativa dos grandes temas atinentes à sociedade brasileira, produzindo efeitos na política (SILVA, 2010, p. 90-91).

Neste contexto, a ideia de ativismo judicial, presente no debate constitucional norteamericano, se espalhou também no Brasil. País que teve sua história constitucional marcada pela presença manifesta e latente de crises, traduzidas na decretação de estados de exceção, vive hoje uma normalidade democrática na qual o debate existe e serve ao recrudescimento da esfera pública da sociedade brasileira. O Supremo Tribunal Federal não poderia passar incólume por esse processo. Tímido no início do período de democratização dos anos 80 e 90,

³ Com o desenvolvimento da sociedade, outras necessidades tidas por fundamentais surgiram e, de igual modo, os entes políticos dotados de personalidade jurídica, titulares, portanto, de direitos e obrigações, foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Por serem capazes de invocar direitos em nome próprio, é que vem se consolidando o entendimento de também poderem ser titulares de direitos fundamentais. Por óbvio, não poderão ser titulares de todos os direitos fundamentais, mesmo porque há determinados direitos, como já foi dito, cuja titularidade não se estende a todos, mas a uma parcela da sociedade. Isso acontece em razão da não aceitação mais da concepção de Estado como poder ilimitado, porque um tal Estado Constitucional, aliás, não existe, ao contrário, hoje são relativizados a sua unidade, que era própria do Estado até agora, e o seu monopólio do exercício (limitado) do poder público. Isso torna necessária uma compreensão do Estado e de suas tarefas como uma formação aberta, móvel e que exclua definitivamente concepções de Estado que encontram seu ponto central somente no monopólio da violência física legítima (HESSE, 1998 p. 104-105).

é nessa década que o Tribunal se firma como precursor de um ativismo judicial de maneira mais forte, e, ao que parece, solidificado sobre estruturas de decisão que vão além dos casos concretos para espargir seus efeitos de forma *erga omnes* (SILVA, 2010, p. 91).

A força normativa da Constituição é realizada pelas instituições de uma determinada sociedade. No caso do Brasil, o responsável por essa tarefa tem sido realizada pelo Supremo Tribunal Federal, e isso por duas razões: (a) tem, paulatinamente, transmutado a sua própria interpretação constitucional; (b) produz, com esse modo de proceder, um cada vez mais alto grau de institucionalização de si próprio (SILVA, 2010, p. 91).

A decisão em análise, não adentrando no mérito quanto ao seu acerto ou desacerto, ganha relevo na medida em que representa uma postura mais agressiva do Judiciário em uma análise de ato político. Assim, o sistema jurídico ao garantir direitos fundamentais aos Estados produtores de petróleo,⁴ interfere diretamente na ação política levada a cabo pelos agentes responsáveis (SILVA, 2010, p. 93).

Na liminar, a Ministra argumentou, que "o enfraquecimento dos direitos de algumas entidades federadas não fortalece a federação; compromete-a em seu todo. E se uma vez se desobedece a Constituição em nome de uma necessidade, outra poderá ser a inobservância em nome de outra. Até o dia em que não haverá mais Constituição" e, ainda, que a nova Lei causa "riscos iminentes" (STF, ADI 4917-DF, p.11).

O questionamento que se faz à liminar proferida é que ela estaria calcada em fundamentos de ordem financeira e seria contrária à decisão proferida por órgão colegiado de outro poder, que deveria ser tido como representativo dos anseios sociais e que se encontra em pleno exercício de suas competências constitucionais, chamando atenção para as consequências das decisões judiciais, principalmente quando se utiliza de critérios econômicos na fundamentação da decisão.

Como se vê, ao se utilizar de termos abertos como "riscos", "segurança jurídica, política e financeira", o Supremo se utiliza de uma área aberta que não é suscetível de avaliação concreta com base em normas legais específicas, não sendo possível uma análise acerca do acerto ou desacerto da decisão, mas apenas juízos de concordância ou discordância, o que gera um alto grau de indeterminação (POSNER, 2005, p. 40-41).

⁴ Dentro desta perspectiva, o Estado se insere na sociedade participando desta abertura procedimental não apenas como destinatário das normas de direitos fundamentais, posto que estas estão pulverizados nos diversos meios, e, é esse o conceito de ideia-matriz que Häberle toma de empréstimo para o desenvolvimento de sua teoria institucional dos direitos fundamentais (HÄBERLE *apud* SILVA, 2010, p. 135-136)

A decisão do Supremo Tribunal Federal também foi contramajoritária, já que a favor dos Estados produtores de petróleo que representam a minoria dos Estados membros. E o descontentamento da decisão pode ser visualizada pela Proposta de Emenda Constitucional que altera toda a divisão dos royalties decorrentes da exploração do petróleo no mar, incluindo áreas já licitadas e do pré-sal. A PEC é uma reação explicitamente declarada como tal à medida liminar concedida pela Ministra Cármen Lúcia.

Questiona-se, então, neste contexto, se existiria uma esfera de Poder competente e legítima para dar a última palavra sobre a questão e decidir sobre a polêmica da divisão dos royalties de petróleo.

Como dito, sabe-se que na realidade brasileira tem se visualizado, cada vez mais, a expansão da autoridade dos Tribunais, e, em especial, do Supremo Tribunal Federal. Oscar Vilhena, ao tratar da chamada Supremocracia, enxerga a ampliação do papel do direito e do Judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua dita incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas (VIEIRA, 2008, p. 443).

Ademais, Constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância (VIEIRA, 2008, p. 447).

Na função de tribunal constitucional, o Supremo tem por obrigação julgar, por via de ação direta, a constitucionalidade de leis e atos normativos produzidos tanto em âmbito federal, como estadual. Esta atribuição conferiu ao Supremo a autoridade para emitir a última palavra sobre temas constitucionais em nosso sistema político, reduzindo a possibilidade de que o Tribunal venha a ser circundado pelo Congresso Nacional, caso este discorde de um dos seus julgados, como acontece em muitos países (VIEIRA, 2008, p. 447).

Recorre-se, assim, ao Judiciário como última instância deliberativa, como aconteceu, por enquanto, na decisão em estudo.

Todavia, supõe-se que os processos pelos quais os tribunais chegam a suas decisões sejam especiais e distintos, não diretamente políticos, mas que expressem certo espírito subjacente de legalidade. E trata-se de questão de certa importância para a jurisprudência descobrir se essas afirmações a respeito do caráter especial do raciocínio judicial podem ser

sustentadas. Não há controvérsia similar a respeito do raciocínio legislativo. Todo o mundo sabe que a argumentação no Congresso e no Parlamento é explícita e despidoradamente política, como afirma Jeremy Waldron (WALDRON, 2003, p. 29-30).

Assim, deveria ser na legislatura, que não é um indivíduo natural, mas antes compreende centenas de membros, com opiniões e estados mentais radicalmente diversos (na verdade, em geral, opostos) que teríamos o espaço legítimo para discutir política.⁵ Dessa forma, a deflagração de um processo político com a consequente criação de uma Lei, como aconteceu com a mudança na divisão dos royalties, é indício de discordância moral na comunidade quanto à questão subjacente (WALDRON, 2003, p. 44).

Dá a necessidade de uma posição única, determinada, da comunidade a respeito da questão-uma posição cuja aplicação seja compatível com a integridade e o caráter unívoco da justiça. Tudo o que se pode fazer politicamente pela integridade da justiça é garantir que a força seja usada para sustentar uma visão e uma visão apenas- uma visão que possa ser identificada como a da comunidade por qualquer pessoa, quaisquer que sejam as suas opiniões sobre o assunto (WALDRON, 2003, p. 46).

Neste sentido, numa primeira análise, a decisão do Supremo não supriria os “requisitos” de legitimidade acima narrados, pois além de ir de encontro à maioria legislativa, também foi proferida em um julgamento monocrático, que, *a priori*, ainda também não representa a maioria da Corte.

Do outro lado, a Proposta de Emenda Constitucional, como uma retaliação à decisão da Ministra Carmen Lúcia, parece uma “quebra de braço” entre os Poderes acerca da aplicação das normas constitucionais, soando como um ameaça ao Supremo Tribunal Federal, e em lugar de uma propalada “ditadura do Judiciário”, resultante de outra igualmente divulgada “judicialização da política”, poder-se-ia ter o “absolutismo” ou o “autoritarismo do Legislativo”, melhor dizendo, da maioria do Legislativo?

Com a PEC, o Poder Legislativo encontraria espaço para impor também sua leitura da Constituição, desafiando as decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo com a tendência do “judicial overhang” em que Mark Tushnet se refere à tendência da Suprema Corte de obscurecer as decisões do Congresso em questões constitucionais, ao promover a

⁵ É claro que os legisladores têm as próprias esperanças e expectativas como indivíduos, mas, a menos que alguém proponha seriamente agregar esses estados mentais usando algum tipo de governo majoritário simbólico, temos que admitir que simplesmente não há maneira de relacionar essas intenções específicas quando abandonamos qualquer suposição de que são uniformes (WALDRON, 2003, p. 32).

irresponsabilidade dos legisladores e ao distorcer a discussão legislativa e a própria legislação (TUSHNET, 1999, p. 57-65).

3. O resultado da decisão e a sua influência diálogo institucional e na separação dos poderes

Na questão da divisão dos royalties, realmente parecia estar no Poder Legislativo o campo propício e oportuno para as discussões políticas deste viés, (independentemente do lobby forte que ocorre nos bastidores em razão da questão financeira dos entes federativos e do interesse outros setores interessados da sociedade, o que faz parte do debate democrático). A legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma assembleia- os muitos, a multidão, o populacho (ou os seus representantes). Há que se observar o conflito, o tumulto e os números podem fazer pela liberdade e não ficar facilmente desconcertados com a atmosfera barulhenta, fedorenta ou repugnante da assembleia popular (WALDRON, 2003, p. 37-41).

Dentro desta perspectiva, o processo de Emenda à Constituição também é um meio interpretativo da Constituição Federal quando o Parlamento entende que a Corte decidiu equivocadamente sobre o sentido da Constituição, de modo que o povo, titular último do Poder Constituinte, poderá promulgar Emenda Constitucional e imprimir à norma o sentido deliberado por seus representantes em sua liberdade incondicionada (GARCIA DE ENTERRIA, 1984, p. 201).

Por outro lado, de acordo com o artigo 60 da Constituição Federal, nada impede que o Supremo Tribunal Federal posteriormente analise a constitucionalidade da Emenda Constitucional, de acordo com os limites do Poder Constituinte Reformador.

A Constituição, nesta linha de raciocínio, não confere ao Supremo Tribunal Federal poder irrestrito para atuar sobre a política, pois afirmar isso é permitir que se manifeste a hierarquia entre os sistemas, com o jurídico ocupando posição de primazia, que é traduzida, coloquialmente, pela expressão “ativismo judicial”, de onde surge a grande a grande crítica segundo a qual 11 juízes não podem ser os mais aptos a darem a última palavra sobre os grandes desacordos morais existentes na sociedade (SILVA, 2010, p. 50).

Na visão de Waldron, atribuir apenas aos juízes a decisão sobre questões moralmente controversas, retirando dos cidadãos a possibilidade de emitir seu juízo moral num procedimento majoritário, desrespeitaria o que a democracia teria de mais valioso: a

inexistência de hierarquia entre os cidadãos, que decidem em igualdade se condições seus poderes coletivos. Como não há acordo possível sobre conteúdo, há que se fazer um acordo procedimental para decidir tal conteúdo: sua proposta é a maximização do direito de participação, o direito dos direitos, que permite a todos realizarem igualmente como sujeitos autônomos em votação pública (MENDES, 2011, p. 13).

O funcionamento, então, da democracia brasileira depende de uma atuação dos poderes estatais numa conformidade maior com o que prescreve a Constituição, pois nem a total judicialização da política é bem-vinda, nem a impossibilidade de que determinadas violações a direitos fundamentais sejam reparadas pelo Supremo Tribunal Federal (SILVA, 2010, p. 50-51).

É daí que se extrai a importância de o Supremo Tribunal Federal na ADIN dos Royalties ter garantido a titularidade de direitos fundamentais aos entes produtores de petróleo⁶, já que é a partir dessa argumentação que surge a fundamentação tida como legítima pelo ordenamento jurídico (embora com necessidade de um maior aprofundamento, já que proferida em sede liminar) para que a Corte, a despeito de analisar requisitos expressos nos dispositivos constitucionais, produza, com a sua decisão, efeitos diretos na política material. E neste ponto (violação a direitos fundamentais- direito adquirido, ato jurídico perfeito), a interpretação trazida pelo Supremo Tribunal Federal teve por embasamento preceito explicitamente plasmado no texto constitucional, sem a necessidade de se utilizar de elemento situado em campo intelectual não sujeito ao controle de verossimilhança (riscos, segurança jurídica) (SILVA, 2010, p. 96).

Ao atribuir a titularidade de direitos fundamentais aos Estados e Municípios produtores de petróleo em face de outros não produtores, a Corte se utiliza de garantias fundamentais, atribuídas, na maioria das vezes, para proteger direitos individuais, para salvaguardar interesses de entes da Federação e ampliar a primitiva abrangência dos direitos

⁶ Segundo Häberle, a ideia de direitos fundamentais- a ideia de personalidade, a ideia de propriedade, a ideia de família- deve ser considerada como uma ideia diretriz no sentido institucional de Hauriou. Essas ideias estão enraizadas em seus respectivos meios sociais, nos quais desenvolvem sua realidade social ao mesmo tempo em que também a definem. O mais importante é que instituir a ideia de direitos fundamentais no meio social não é obra exclusiva da Constituição e de seu complexo normativo, mas também da atividade do legislador e também de todos aqueles que vivem dispersos no meio social, os titulares dos direitos fundamentais. A realização dos direitos fundamentais no meio social é, nesse sentido, um processo, para o qual contribuem os titulares do direito e também o legislador. Os direitos fundamentais concebidos como instituição não são dependentes apenas da vontade subjetiva de determinados indivíduos, eles ganham vida na medida em que façam parte da consciência de um número indeterminado de indivíduos, transformando-se em coisa social objetiva (HÄBERLE *apud* SILVA, 2010, p. 135-136).

fundamentais, o que acarreta efeitos práticos imediatos, para além da discussão terminológica e teórica acerca da titularidade dos direitos fundamentais.⁷

Quando se constrói essa relação, o sistema jurídico lança mão de instituto que vise preservar a essência da política, desde que se pense que há necessidade, também, de se preservar um direito fundamental. Esse é um caso típico de uma decisão de caráter constitucional e que produz efeitos diretos na formulação da política material (SILVA, 2010, p. 49;53). E isso se justifica, na visão do Supremo, pois, ao se assegurar os ditos direitos fundamentais dos entes produtores de petróleo, está se “resguardando, cautelarmente, direitos dos cidadãos dos Estados e dos Municípios que se afirmam atingidos em seu acervo jurídico e em sua capacidade financeira e política de persistir no cumprimento de seus deveres constitucionais” (STF, ADI 4917-DF, p. 34).

Reconhece-se, então à titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público, mesmo que para justificá-los se recorra a uma argumentação que remonte aos direitos fundamentais das pessoas físicas integrantes do ente federativo produtor de petróleo.⁸

Assim, embora esteja no Poder Legislativo o terreno fértil para manifestações de convicções morais, nada impede que o Judiciário tenha a condição de legitimidade da revisão judicial, desde que não se utilize apenas de questões empíricas para fundamentar suas decisões.

⁷ Partindo-se disto, é possível trabalhar tais direitos de forma mais abrangente, tanto em seu conteúdo, como em sua titularidade, entendendo que os direitos fundamentais alcançam seu sentido e seu principal significado como fatores constitutivos de um livre processo de formação democrática do Estado e de um processo de formação da vontade política, por meio de sua realização no meio social. Dessa forma, podem ser considerados obra de um processo, para o qual devem contribuir todos aqueles que vivem dispersos no meio social, rejeitando-se, assim, o conceito dos direitos fundamentais apenas como autonomia individual a ser protegida contra a atividade estatal (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 60-63).

⁸ Neste sentido, a Tese de Doutorado de Henrique Geaquinto Herkenhoff da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que baseia seus fundamentos teóricos na pesquisa de Antônio Junqueira (com base em Santo Agostinho e São Tomás de Aquino), Michel Quoist e outros filósofos das mais variadas correntes, que apontam o equívoco de conceber a pessoa humana como uma “ilha” (concepção insular de pessoa humana) ou como um ser despersonalizado e egocentrado (homem atomizado) e, conseqüentemente, sua dignidade como um bem estritamente individual ignorando suas relações com os demais e, portanto, a faceta coletiva, social ou pública da personalidade, de tal modo que a dignidade humana pode ser ofendida por um desdouro à pessoa jurídica de direito público que representa essa faceta. Dessa forma, deve ser imputado à pessoa jurídica o sofrimento coletivo e solidário dos seres humanos que a integram. Tal sofrimento coletivo e solidário não pode ser decomposto na soma simples do sofrimento singular e identificável de cada integrante dessa comunidade, devendo ser juridicamente considerado *uti universi*, como decorrência da violação de um direito difuso ou coletivo. **HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Os direitos de personalidade da pessoa jurídica de direito público.** Versão parcial de tese de doutorado da Universidade de São Paulo. <http://search.babylon.com/?q=os+direitos+de+personalidade+da+pessoa+jur%C3%ADdica+de+direito+p%C3%BAblico++henrique&babsrc=HP_ss&s=web&rlz=0&as=0&ac=0>. Acesso em 15 de set. 2013, p.6-8.

E não é só isso, a atuação do Supremo se justifica de maneira mais fundamentada quando se utiliza de argumentos que se embasam não apenas em violação a direitos fundamentais. Como afirma Conrado Hubner Mendes, olhando para a Constituição como máquina procedimental que dilui as funções da soberania para que elas se controlem mutuamente, e não para que tenha missões substantivas, a revisão judicial pode receber explicação mais convincente. Se a separação de poderes é uma cadeia decisória que distribui faculdades de vetar e de estatuir, caberia ao Judiciário, quando dotado de um bom argumento, vetar decisões legislativas com a finalidade de qualificar a interlocução institucional com argumentos densos (2011, p.15).

Deste modo, o argumento de preservação de direitos fundamentais, apesar de ser consistente, não pode ser o único, pois é a separação de poderes e seu potencial para a limitação da autoridade política que propicia uma base sólida para esse arranjo. A revisão judicial, além de um mero contrapeso ou um “veto a mais”, legitima-se por seu potencial de enriquecer a qualidade argumentativa da democracia, propiciando uma interlocução institucional (MENDES, 2011, p. 15).

No diálogo institucional e na democracia constitucional, a separação de poderes tem o condão de relativizar a última palavra, esteja ela localizada no Judiciário ou no Legislativo, pois “é necessário ponderar esse suposto ápice do processo decisório com o fato de que a luta política está fadada a continuar, e novos atos desafiarão a supremacia de uma ou de outra instituição” (MENDES, 2011, p. 187).

4. Considerações finais

Percebe-se, então, que na questão da divisão dos royalties do petróleo, a atuação dos três Poderes parece legítima, eis que, apesar da necessidade de aperfeiçoamento do sistema, considerando as críticas acima postas, a democracia brasileira ainda está se construindo e depende de uma atuação de todos os Poderes estatais para dar uma maior conformidade à Constituição Federal, o que pode ser representado pela máxima de Montaigne *par divers moyens on arrive à pareille fin* (MONTEIGNE, 1992, p. 7).⁹

⁹ Temos vários meios para tais fins (tradução nossa).

Atuando de acordo com a maioria, agiu legitimamente e dentro de sua esfera de competência o Congresso Nacional ao promulgar Lei nº 12.734-2012 e ao derrubar o veto da Presidenta Dilma Roussef, assim como o fez também o Supremo Tribunal Federal ao conceder a liminar para suspender os efeitos da Lei, pois apesar da existência de argumentos empíricos na decisão e para além de resguardar direitos fundamentais, acautelou o sistema contra sobressaltos majoritários.

Utilizando mais uma vez o raciocínio de Conrado Hubner Mendes o que o Supremo fez, a despeito da existência de argumentos empíricos na decisão e para além de resguardar direitos fundamentais, foi acautelar o sistema contra sobressaltos majoritários e retardar o processo decisório, esperando que o tempo possa contribuir para uma decisão de maior densidade normativa.¹⁰

E, se diante da confirmação da liminar pelo Plenário do STF, o Congresso insistir na mobilização da tentativa de mudar a Constituição, novamente estar-se-ia dentro de uma forma de diálogo institucional e de um processo político conflituoso, onde há uma troca de argumento entre as instituições.

Com isso não se nega a necessidade de qualificação e aperfeiçoamento dos sistemas deliberativos, tanto o Poder Legislativo, que por vezes é omissivo ou cede de acordo com pressões políticas momentâneas que não representam vontade da maioria, mas de um determinado grupo específico que exerce o poder, como também do Judiciário (VIEIRA, 2008, p. 459) que necessita resolver as dificuldades contra-majoritárias para imprimir maior integridade e autoridade às suas decisões (VIEIRA, 2008, 458).

Todavia, a questão não pode ser resolvida de uma forma simplista “a quem cabe a última palavra”, pois a última palavra em uma democracia tem que ser fruto da interação. A demanda argumentativa, numa cultura política preocupada em discutir justificativas por trás de decisões coletivas, se aplica a todas as instituições. A proposta de diálogo institucional, ou de uma separação de poderes deliberativa tem a finalidade de dar vitalidade às instituições postas em uma democracia competitiva, fazendo com que o argumento seja um elemento relevante, e não apenas retórico, da competição (MENDES, 2011, p. 198).

¹⁰ Há diálogo institucional ou última palavra? Ao tratar da questão por meio de “rodada procedimental” e “última palavra provisória, tenta-se encontrar uma saída intermediária e conciliatória. Se o diálogo é uma constatação importante, qual o diálogo mais importante que a democracia? (MENDES, 2011, p. 15;198).

5. Referências Bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 4917- DF**. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 18.03.2013. Publicação: 21.03.2013.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1984.

HERKNHOFF, Henrique Geaquinto. **Os direitos de personalidade da pessoa jurídica de direito público**. Versão parcial de tese de doutorado da Universidade de São Paulo. <http://search.babylon.com/?q=os+direitos+de+personalidade+da+pessoa+jur%C3%ADica+de+direito+p%C3%ABAblico+-+henrique&babsrc=HP_ss&s=web&rlz=0&as=0&ac=0>. Acesso em 15 de set. 2013.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTAIGNE. **Les Essais**; Éd. de Pierre Villey, Quadrige, PUF, Paris, 1992. Livre I, Ch. I.

POSNER, Richard. **A political court**. Harvard Law Review, v. 119, Nov. 2005.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral**. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais-conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TUSHNET, Mark. **Taking de constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, v. 4, n 2, jul-dez 2008, p. 441-464.

WALDRON, Jeremy Waldron. **A Dignidade da Legislação**. Tradução Luís Carlos Borges.
São Paulo: Martins Fontes, 2003.