

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
(PUC/SP)

DIREITO CONSTITUCIONAL – ESPECIALIZAÇÃO

JOSÉ CARLOS MENK

INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 57/08

**SÃO PAULO
2013**

INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 57/08

TRABALHO DE CONCLUSÃO DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO CONSTITUCIONAL APRESENTADO À PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC/SP) COMO REQUISITO PARCIAL À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE ESPECIALISTA.

ORIENTADOR: PROF. MS. RENATO GUGLIANO
HERANI

**SÃO PAULO
2013**

SUMÁRIO

I – Introdução.....	1
II – Criação de Municípios: Contexto Jurídico Vigente.....	4
III – Emenda Constitucional nº 57/08: Origem e contexto de sua aprovação.....	9
IV – Contexto dos questionamentos judiciais dos atos de criação dos Municípios.....	13
V – Inconstitucionalidade da EC nº 57/08	16
VI – Conclusão	23
Referência	25

I – INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objeto a Emenda Constitucional nº 57, promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em 18 de dezembro de 2008.

Essa Emenda Constitucional, em síntese, acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 (CF/88), o artigo 96, com a seguinte redação:

Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

O intuito da Emenda Constitucional nº 57/08, como se vê, foi dar regularidade jurídica aos atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios que já haviam sido publicados até 31 de dezembro de 2006, desde que esses atos, na época de sua publicação, tenham atendidos os requisitos da legislação do respectivo Estado.

A atribuição de regularidade jurídica a esses atos se fazia necessária porque, a partir da promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, muitos Municípios foram criados e instalados, encontrando-se com suas administrações públicas em plena atividade político administrativa, todavia os atos de criação de muitos desses Municípios foram questionados perante o Poder Judiciário, em especial, perante o Supremo Tribunal Federal (STF). O STF acabou acolhendo a inconstitucionalidade desses atos sob o entendimento de que afrontavam a disposição do § 4º, do art. 18, da Constituição Federal, porquanto ainda

inexistente a imprescindível lei complementar federal, lacuna essa que perdura até a presente data.

Vale ressaltar que a Emenda Constitucional nº 57/08, até este momento, não sofreu nenhum questionamento judicial quanto a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, não pelo menos perante o Supremo Tribunal Federal, sendo plena e inquestionadas sua aplicabilidade e eficácia no sentido de convalidação dos aludidos atos de criação dos Municípios, tal como se pode extrair da ementa do acórdão prolatado em 24.3.2011, no Agravo Regimental na ADI n 2.381/RS, em que foi relatora a Ministra Carmem Lúcia, *in verbis*:

“... omissis.

4. Com o advento da Emenda Constitucional n. 57/2008, foram convalidados os atos de criação de Municípios cuja lei tenha sido publicada até 31.12.2006, atendidos os requisitos na legislação do respectivo estado à época de sua criação.

5. A Lei n. 11.375/1999 foi publicada nos termos do art. 9º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, alterado pela Emenda Constitucional n. 20/1997, pelo que a criação do Município de Pinto Bandeira foi convalidada.

6. ... omissis.

...”.

Embora essa seja a situação atual da Emenda Constitucional nº 57/08, neste trabalho, a título de reflexão, buscar-se-á identificar sua inconstitucionalidade, especificamente sob o aspecto da incursão do Poder Constituinte Reformador em matéria excluída de sua competência, isso em decorrência do contexto jurídico em que se encontravam os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios a que se refere o enunciado normativo do aludido art. 96, acrescentado ao ADCT.

Nesse sentido e para tanto será feita uma abordagem do contexto jurídico relativo à criação de Municípios no direito brasileiro, da situação fática que deu origem à Emenda Constitucional nº 57/08, do contexto fático e jurídico em que se encontravam os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios abrangidos por ela, assim como, far-se-á uma abordagem das normas jurídicas constitucionais que se tem como afrontadas.

II – CRIAÇÃO DE MUNICÍPIOS: CONTEXTO JURÍDICO VIGENTE

A criação de Municípios, no direito brasileiro, sempre foi tratada única e exclusivamente pela legislação infraconstitucional. Desde a primeira Constituição do Brasil Império, de 1824, até a Constituição de 1946, inclusive, nenhuma delas trouxe qualquer disposição específica sobre o assunto. Entendia-se que essa matéria deveria ficar com os Estados-Membros, já que era mais próprio e adequado a eles disporem sobre a sua composição territorial e administrativa.

Esse tratamento da matéria em sede infraconstitucional, todavia, propiciou o cometimento de excessos, resultando na criação de várias municipalidades, Brasil afora, muitas delas inviáveis economicamente¹.

Com a assunção do Governo pelos Militares, em 1964, a matéria relativa a criação de municípios passou, pela primeira vez, a receber tratamento específico no texto constitucional, o que se deu com a Constituição Federal de 1967, em seus artigos 14 e 15², mantido no texto da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (art. 14 e parágrafo único)³.

Em síntese, com a Constituição de 1967 e Emenda de 1969, a criação de municípios passou a depender do atendimento de requisitos

¹ Voto do Relator na PEC nº 495-B

² CF/67: Art. 14 - Lei complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais, para a criação de novos Municípios. (Regulamentado pela Lei Compl. n. 1, de 9 de novembro de 1967, e Ato Compl. n. 46, de 7 de fevereiro de 1969).

Art 15 - A criação de Municípios, bem como sua divisão em distritos, dependerá de lei estadual. A organização municipal poderá variar, tendo-se em vista as peculiaridades locais.

³ CF/69: Art. 14. Lei complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública, bem como a forma de consulta prévia às populações, para a criação de municípios.

Parágrafo único. A organização municipal, variável segundo as peculiaridades locais, a criação de municípios e a respectiva divisão em distritos dependerão de lei.

fixados em Lei Complementar da União, o que veio a ser tratado na Lei Compl. nº 1, de 9 de novembro de 1967 e Ato Compl. n. 46, de 7 de fevereiro de 1969, havendo, portanto, uma centralização do tratamento da matéria junto ao Governo Federal.

Essa centralização da matéria no Governo Federal, com a imposição de requisitos mais rígidos, freou a onda de criação de municípios que até então se verificava.

Com a volta do Governo Civil, em 1985, e subsequente promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, a matéria relativa à criação de municípios continuou a ser tratada no texto constitucional, porém, os requisitos a serem atendidos seriam aqueles fixados em lei complementar estadual. Houve, desse modo, um retorno à descentralização quanto ao tratamento da matéria, já que os requisitos a serem atendidos ficou afeto ao tratamento pelos Estados-Membros, conforme constou na redação original do § 4º, do art. 18, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 18 – (*omissis*)

... (*omissis*)

§ 4º - A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em Lei Complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.

Com essa descentralização novamente ocorreu um aumento considerável de criação de Municípios, muitos deles, sem que reunissem as condições mínimas para atendimento das necessidades das comunidades envolvidas. Eram Municípios criados por meros interesses eleitoreiros de grupos locais. Para se ter uma ideia do ocorrido basta que se examine o quadro abaixo:

ANO	Nº MUNIC. EXISTENTES	Nº MUNIC. CRIADOS
1960	2.766	-
1970	3.952	1.186
1980	3.991	39
1991	4.491	500
2000	5.507	1.016
2010	5.565	58

Com o intuito de corrigir essa distorção que novamente se verificava, em 15 de novembro de 1991, os Deputados César Bandeira e outros apresentaram a Proposta de Emenda à Constituição de nº 41 (PEC nº 41/91), a qual, ao final, resultou aprovada como Emenda Constitucional nº 15, de 12 de setembro de 1996, dando nova redação ao § 4º, do art. 18, como segue:

"§ 4º - A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei."

Essa nova redação do § 4º, do art. 18, da Constituição Federal, além de impor a observância de requisitos mais rígidos para criação de novos municípios, de certo modo, novamente centralizou a matéria no âmbito do Governo Federal, pois, a partir de então, a criação de municípios ficou na dependência do que viesse a ser determinado pela lei complementar federal quanto ao período para esse procedimento.

Vale ressaltar que em decorrência dessa centralização – período para criação de municípios a ser determinado por lei complementar federal - a Emenda Constitucional nº 15, de 12 de setembro de 1996, teve

sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal, por primeiro na ADI 2.381/RS e, posteriormente, na ADI 2.395-1/DF, ambas sob o fundamento de ofensa à forma federativa de estado, o quê constitui cláusula pétrea, conforme previsto no inc. I, do § 4º, do art. 60, da CF/88. O STF, entretanto, no julgamento de ambas ADIs afastou arguida inconstitucionalidade, restando incólume a redação dada ao § 4º, do art. 18, da CF/88 pela EC nº 15/96.

Desse modo, já que afastada arguida inconstitucionalidade, pode-se concluir que desde a promulgação da EC nº 15, de 12 de setembro de 1996, até a presente data, a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios, no Estado Brasileiro, só poderão ser levadas a efeito no período determinado pela lei complementar federal, observados os demais requisitos (por lei estadual, consulta prévia às populações envolvidas, mediante plebiscito, e após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados).

Aliás, nesse sentido já deixou assente o STF em diversas oportunidades, mais especificamente quando do julgamento da Medida Cautelar na ADI 2.381-1/RS, como se pode observar da seguinte passagem, constante da ementa do respectivo acórdão:

“... *omissis*.

III – Município: criação: EC 15/96: plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade da criação de municípios desde a sua promulgação e até que lei complementar venha a implementar sua eficácia plena,

... *omissis*.

...”

Todavia, embora a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios, após a EC 15/96, tenha ficado na dependência do que viesse dispor a de lei complementar federal quanto ao

período para instauração desse procedimento, até a presente data essa “lei complementar federal” ainda não foi editada, encontrando-se o Congresso Nacional em mora, o que foi acolhido pelo STF na ADI, por omissão, nº 3.682/MT, *in verbis*:

“... *omissis*.

1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição.

...

4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses adote todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.

... *omissis*.

...”

- julgamento em 9.5.2007.

Portanto, pode-se afirmar que a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, no Sistema Jurídico Brasileiro, está regulada no § 4º, do art. 18, da Constituição Federal, entretanto, enquanto não for editada a lei complementar federal a que alude este normativo constitucional, nenhum procedimento poderá ser levado a efeito.

III – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 57/08: ORIGEM E CONTEXTO DE SUA PROPOSTA

A Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008, tem como origem a Proposta de Emenda à Constituição nº 12, de 17 de março de 2004 (PEC nº 12/04), do Senado Federal, sendo o primeiro signatário da proposta o Senador Luiz Otávio.

Essa Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 12/04), assim que foi aprovada no Senado Federal; o que se deu em 18 de janeiro de 2006 - quase dois anos após sua apresentação -; foi encaminhada à Câmara dos Deputados⁴. Nesta casa legislativa (Câmara dos Deputados) recebeu o apensamento das PECs nºs 339/04 e 495/06, que tratavam do mesmo assunto, e dois substitutivos à redação original, estes de números 1/08 e 2/08.

Depois de quase mais três anos de tramitação na Câmara dos Deputados a PEC nº 12/04, ao final, foi aprovada em segundo turno em 5 de dezembro de 2008, retornando, em observância ao respectivo processo legislativo, ao Senado Federal.

De volta ao Senado Federal a PEC nº 12/04, com a redação dos substitutivos recebidos na Câmara dos Deputados, passou a tramitar no Senado Federal como PEC 12-A/04, sendo, por fim, aprovada em primeiro e segundo turnos de votação em 18 de dezembro de 2008, resultando, assim,

⁴ CF, art. 60, § 2º.

na Emenda Constitucional nº 57, dessa mesma data, com o seguinte conteúdo:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 57, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2008

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96:

"Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação."

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 18 de dezembro de 2008.

Mesa da Câmara dos Deputados

Mesa do Senado Federal

Deputado ARLINDO CHINAGLIA
Presidente

Senador GARIBALDI ALVES FILHO
Presidente

Deputado NARCIO RODRIGUES
1º Vice-Presidente

Senador TIÃO VIANA
1º Vice-Presidente

Deputado INOCÊNCIO OLIVEIRA
2º Vice-Presidente

Senador ALVARO DIAS
2º Vice-Presidente

Deputado OSMAR SERRAGLIO
1º Secretário

Senador GERSON CAMATA
2º Secretário

Deputado CIRO NOGUEIRA
2º Secretário

Senador CÉSAR BORGES
3º Secretário

Deputado WALDEMIR MOKA
3º Secretário

Senador MAGNO MALTA
4º Secretário

Deputado JOSÉ CARLOS
MACHADO
4º Secretário

Como se vê, a Emenda Constitucional nº 57/08, resultante da PEC nº 12/04, posterior PEC 12-A/04, em síntese, acrescentou ao texto da Constituição de 1988, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o artigo 96, convalidando os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, publicados até 31 de dezembro de 2006 e que, a época de sua edição, observaram a respectiva lei estadual.

Há de se observar que a Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 12/04), que deu origem da Emenda Constitucional nº 57/08, não surgiu por acaso, ou por um motivo teórico, ao contrário, ela surge em razão de uma situação fática que se apresentava no Brasil naquele momento (2004): a existência de vários Municípios criados, muitos já instalados, os quais, entretanto, estavam com seus atos de criação sob questionamentos perante o Poder Judiciário, em especial, perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse sentido, aliás, é a justificativa que acompanhou a PEC nº 12/04 na oportunidade em que foi apresentada pelo Senador Luiz Otávio, como se pode abstrair da seguinte passagem:

“... (*omissis*).

... estabeleceu-se situações das mais absurdas, tais como, a de um município criado e não instalado, porque o TSE se nega a homologar o resultado do plebiscito, apesar da população ter sido, quase que na sua totalidade, favorável à emancipação. Há outros, casos, em que os grupos políticos se digladiam em várias batalhas judiciais, discutindo a legalidade da realização dos plebiscitos. Outros, apesar do desrespeito ao comando constitucional da EC nº 15, conseguiram eleger seus Prefeitos e Vereadores e conseqüentemente se instalaram em 2001 e, agora, as suas populações vivem na angustiada possibilidade de verem as suas cidades voltarem à condição de vilas ou povoados.

Queiramos ou não, Senhores Senadores, essa é uma realidade que está posta aos nossos olhos. Não podemos desconhecê-la. Entendo que cabe ao Congresso Nacional dar uma solução política para esses casos. Daí a presente Proposta de Emenda Constitucional, que esperamos possa tramitar celeremente, com a urgência devida, ...”

... (*omissis*).⁵

Os questionamentos perante o Poder Judiciário tinham por objeto, em síntese, a arguição de irregularidade do ato de criação dos Municípios por não atendimento aos requisitos do § 4º, do art. 18, da Constituição Federal – existência da lei complementar federal -, situação essa que, de fato, trazia incerteza quanto ao futuro dos Municípios então criados, já que a decisão final a ser proferida pelo Poder Judiciário podia implicar na extinção do município, com diversas implicações para a Administração Pública Municipal já implantada e em atividade a bom tempo.

Por conseguinte, a situação fática reinante naquele momento dava à PEC nº 12/04, origem da EC nº 57/08, *a priori*, uma justificativa objetiva, não cuidando de proposta calcada numa concepção meramente teórica, ou ideológica quanto a ideal estruturação do Estado Brasileiro, em mais ou menos entidades Municipais.

Muito embora esse tenha sido o objetivo do Poder Constituinte Reformador, a matéria que foi incluída na Emenda Constitucional n. 57, de 18 de dezembro de 2008, encontra-se excluída do poder de reforma constitucional, vez que sob o manto da cláusula pétrea a que alude o § 4º, inc. IV, do art. 60, da Constituição Federal, não encontrando essa emenda,

⁵ Diário do Senado Federal de 18.3.2004, pág. 7502.

por conseguinte, compatibilidade com as normas do sistema constitucional brasileiro.

IV – CONTEXTO DOS QUESTIONAMENTOS JUDICIAIS DOS ATOS DE CRIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

Como já exposto, a PEC nº 12/04, que deu origem à Emenda Constitucional nº 57/08, teve por objetivo dar uma solução jurídica à situação dos Municípios que, embora já criados, encontravam-se com seus atos de criação (leis estaduais) sob questionamentos perante o Poder Judiciário.

Esses questionamentos perante o Poder Judiciário consistiam em diversas ações judiciais. Para a finalidade e objetivo deste trabalho interessam apenas as ações direta de inconstitucionalidade (ADI), propostas perante o Supremo Tribunal Federal (STF), e que tinham por objeto a arguição de inconstitucionalidade do ato de criação do município por contrariedade à disposição do § 4º, do art. 18, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 15/96, ou seja, por se tratarem de atos de criação de município na ausência da lei complementar federal disciplinando o período.

Com esse objeto específico – ato de criação de novo município com arguição de inconstitucionalidade por ausência de lei complementar federal - e perante o Supremo Tribunal Federal, encontravam-se as ADIs 2.240/BA, 2.381/RS, 2.632/BA, 2.702/PR, 2.967/BA, 3.149/SC, 3.316/MT, 3.489//SC e 3.689/PA, todas, à época da promulgação da EC nº 57/08, já

julgadas pelo STF com acolhimento da procedência e declaração de inconstitucionalidade do ato de criação dos respectivos Municípios.

Em todas essas ADIs o STF havia acolhido a inconstitucionalidade do ato de criação do Município sob o fundamento, em síntese, de afronta à disposição do § 4º, do art. 18, da Constituição Federal, já que ainda não promulgada a lei complementar federal exigida como pressuposto por esse normativo constitucional. É o que se pode colher, exemplificativamente, da ementa do acórdão prolatado no julgamento da ADI nº 2.632/BA, *in verbis*:

... (*omissis*)

III. Município: desmembramento: EC 15/96: inconstitucionalidade da criação, incorporação, fusão e do desmembramento de municípios desde a promulgação da EC 15/96 e até que lei complementar venha a implementar sua eficácia plena, o que, entretanto, não ilide a imediata revogação do sistema anterior (precedente: ADInMC 2381, 20.06.01, Pertence, DJ 24.5.2002).

... (*omissis*)

...”

Como se vê, o motivo, a razão, enfim, o fundamento das decisões do STF para acolhimento da inconstitucionalidade consiste na ausência da lei complementar federal prevista no § 4º, do art. 18, da

Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 15/96, e não um ou outro possível vício no ato de criação do Município.

Desse modo pode-se concluir que, qualquer que fosse o ato de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Município, se ainda ausente a lei complementar federal, seria ele inconstitucional, exceto na hipótese de uma mudança de orientação jurisprudencial do STF, o que ainda não se verificou até a presente data.

V – INCONSTITUCIONALIDADE DA EC Nº 57/08

A Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008, como se pode observar, teve por conteúdo, única e exclusivamente, acrescentar o artigo 96, ao ADCT da CF/88, com a seguinte disposição normativa:

Artigo 96 - Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

Esses “**atos**” que “**ficam convalidados**”, a que se refere o enunciado do artigo 96, retro transcrito, são as “**leis estaduais**” de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, publicadas até 31 de dezembro de 2006, com afronta à disposição do § 4º, do art. 18, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 15/96, vez que, vale relembrar, ainda não editada a imprescindível lei complementar federal.

Diz-se aqui que esses “**atos**” a que se refere o artigo 96, acrescentado pela EC nº 57/08, são as “**leis estaduais**” porque o ato normativo previsto para criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios é a lei estadual, conforme expressa e literal disposição do § 4º,

do art. 18, da Constituição Federal, tal como já constava desde a redação original.

Outrossim, diz-se também que aludido artigo 96 refere-se às leis estaduais que afrontavam a disposição do § 4º, do art. 18, da CF, já que ausente a lei complementar federal prevista neste dispositivo constitucional, isto porque só receberam a convalidação trazida pelo art. 96, como este expressamente dispõe, as leis que haviam atendidos os requisitos da legislação estadual, faltando a essas leis, por decorrência necessária, o atendimento único e exclusivo do requisito constitucional: edição da lei complementar federal.

Neste ponto, uma primeira observação há de ser feita. Os atos que aludido art. 96 convalidou, por conseguinte, são aquelas leis estaduais de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, editadas sem que tenha sido promulgada a imprescindível lei complementar federal a que alude a disposição do § 4º, do art. 18, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 15/96. Nesses atos (leis estaduais), portanto, estão incluídos exatamente aqueles que já haviam sido declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, **em controle abstrato e com decisão definitiva**, o que se deu quando da apreciação das seguintes ações diretas de inconstitucionalidade:

ADI Nº	DATA DO JULGTº	MOD. DOS EFEITOS	TRÂNSITO EM JULGADO
--------	----------------	------------------	---------------------

2.702/PR	05.11.2003	-	18.02.2004
2.632/BA	05.02.2004	-	24.03.2004
2.967/BA	12.02.2004	-	31.03.2004
3.149/SC	17.11.2004	-	13.04.2005
3.316/MT	09.05.2007	24 meses	10.08.2007
3.489/SC	09.05.2007	24 meses	15.08.2007
2.240/BA	09.05.2007	24 meses	15.08.2007
3.689/PA	10.05.2007	24 meses	03.10.2008

Obs. dados obtidos no *site* do STF.

Como se vê, a Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008, com a redação que deu ao art. 96, do ADCT/CF, em síntese, convalidou atos declarados inconstitucionais pelo STF, em decisões definitivas já transitadas em julgado e que, por conseguinte, já se encontravam sob o manto da **coisa julgada**.

Muito embora não seja objeto específico deste trabalho, vale ter presente que, relativamente à **coisa julgada**, o próprio STF a tem como qualidade de imutabilidade, indiscutibilidade e coercibilidade do comando sentencial, assim protegido pela Constituição Federal como valores fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, o que se pode conferir no acórdão recentemente prolatado no RE 592912 -AgR/RS-, em que foi Relator o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello (Julgamento de 3.4.2012), *in verbis*:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL - INDISCUTIBILIDADE , IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE : ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA - EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS - VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “ RES JUDICATA ” - “ TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEAT ” - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO .

Vale ter presente também que, por expressa e literal disposição do inc. XXXVI, do art. 5º, da CF/88, a coisa julgada não poderá sequer ser afetada, desrespeitada nem mesmo pelo legislador, estando, por disposição constitucional, fora do alcance das inovações que este vier a empreender no sistema jurídico do Estado Brasileiro.

Desse modo vê-se que a Emenda Constitucional nº 57/08, com a redação normativa que deu ao art. 96, do ADCT, concretamente, afastou, suprimiu a coisa julgada que incidia sobre aludidos atos (leis estaduais) e, com isso, pode-se dizer que o conteúdo da Emenda Constitucional nº 57/08, além de transformar em letra morta as aludidas decisões do Poder Judiciário (STF), tem como conteúdo abolir a coisa julgada incidente sobre aludidos atos (leis estaduais).

A possível inconstitucionalidade da EC nº 57/08 quanto a afetação do princípio da separação de poderes não será tratada neste trabalho. Aqui será abordada apenas a inconstitucionalidade sob a ótica da ofensa à cláusula pétrea a que alude o inc. IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição Federal, ou seja, por ser a coisa julgada uma garantia individual.

Aliás, no sentido de ser a coisa julgada uma garantia fundamental, há de se ter presente o magistério de LEONARDO GRECO (“Eficácia da Declaração ‘Erga Omnes’ de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior ” “ in ” “ Relativização da Coisa Julgada ”, p. 251/261, 2ª ed./2ª tir., 2008, JusPODIVM), assim assentado:

“2. Para examinar o conflito entre a coisa julgada e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade , assim como para avaliar se a demonstrada vulnerabilidade da coisa julgada é compatível com o Estado Democrático de Direito instituído entre nós a partir da Constituição de 1988, considero necessário assentar uma segunda premissa, ou seja , se a coisa julgada é um direito fundamental ou uma garantia de direitos fundamentais e, como tal, se a sua preservação é um valor humanitário que mereça ser preservado em igualdade de condições com todos os demais constitucionalmente assegurados; ou , se , ao contrário, é apenas um princípio ou uma regra de caráter técnico processual e de hierarquia infra- -constitucional, que, portanto, deva ser preterida ao primado da Constituição e da eficácia concreta dos direitos fundamentais e das demais disposições constitucionais.

...

Todavia , parece-me que a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental , como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no ‘ caput ’ do artigo 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da

vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica .

...”.

Assim, tomada a coisa julgada como uma garantia individual, pode-se observar que a EC nº 57/08 tem como conteúdo matéria excluída de tratamento pelo Poder Constituinte Reformador (derivado), conforme expressa e literal disposição do do §4º, inc. IV, do art. 60, da Constituição Federal.

Como sabemos, o Poder Constituinte Reformador é um poder constituído e, por decorrência, só poderá dispor sobre aquilo que a própria constituição lhe atribuiu. Não poderá dispor sobre aquilo que a constituição retirou de sua competência, como no caso, não poderá abolir uma garantia individual, dentre elas a coisa julgada.

Desse modo e conclusivamente pode-se afirmar que a Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008, padece do vício de inconstitucionalidade, vez que seu conteúdo; a redação normativa do art. 96, acrescentado ao ADCT/CF; suprimiu, aboliu a coisa julgada das decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, matéria essa subtraída da competência do Poder Constituinte Reformador, já que garantia individual assegurada no inc. XXXVI do art. 5º, da CF, que tem natureza de cláusula pétrea, conforme expressa e literal disposição do § 4º, inc. IV, do art. 60, da Constituição Federal.

Outrossim, cabe observar que o STF, relativamente aos seus julgamentos em sede de controle abstrato de constitucionalidade; como é o caso da matéria relativa à criação, fusão, incorporação e desmembramento de Município; tem aplicado a eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão, acolhendo a construção doutrinária denominada de transcendência dos motivos determinantes, tal como assentado, dentre outros, na Reclamação nº 2.363/PA, em que foi Relator o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

E M E N T A: RECLAMAÇÃO. 2. ... (omissis)

5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente.

Assim, tendo em vista que o STF, nas ADIs em que proferiu julgamento definitivo, acolheu como razão de decidir pela inconstitucionalidade o fato da criação do Município sem que o pressuposto constitucional – edição da lei complementar federal - tivesse sido implementado, essa *ratio decidendi* tem seus efeitos transcendentais a todos os atos de criação de Municípios, nessa hipótese, independentemente de estarem ou não sob questionamento judicial.

Isso, enfim, corrobora, uma vez mais, o entendimento de que o enunciado do art. 96, do ADCT, tem conteúdo que visa abolir a coisa julgada, ainda que relativamente a uma matéria específica – criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios -, o quê, todavia, é suficiente para caracterizar a incursão do Poder Constituinte Reformador em matéria que o Constituinte originário lhe retirou a competência, já que, se no caso não aboliu a coisa julgada do sistema jurídico como um todo, tendeu a abolir, reduziu-lhe, o quê, por si só já basta para a mácula da inconstitucionalidade.

VI – CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008, como previsto na justificativa da respectiva proposta (PEC nº 12/04), originou-se com o objetivo de dar uma solução jurídica aos diversos Municípios que haviam sido criados e que se encontravam com seus atos de criação sob questionamento judicial.

Esses questionamentos perante o Poder Judiciário consistiam, em síntese, em ações que tinham por objeto a arguição de inconstitucionalidade do ato de criação do município por afronta à disposição do § 4º, do art. 18, da CF, com a redação dada pela EC nº 15/96, vez que ainda não editada a necessária lei complementar federal prevista nessa disposição constitucional.

O Poder Judiciário, ao julgar as diversas ações, em especial o STF, acolheu a inconstitucionalidade por omissão, reconhecendo a mora

do legislativo quanto a edição da lei complementar federal a que alude o § 4º, do art. 18, da CF, na redação dada pela EC nº 15/96 (ADI 3.682/MT), assim como, em ADIs específicas, julgou inconstitucionais atos de criação de diversos municípios, também sob o fundamento de afronta à disposição § 4º, do art. 18, da CF, ante a ausência da lei complementar federal. Tanto no acolhimento da inconstitucionalidade por omissão (ADI 3.682/MT), quanto em algumas ADIs, o STF, ante a realidade fática de vários Municípios já criados e em funcionamento há muito tempo, valeu-se da modulação de efeitos fixando um prazo para solução da lacuna legislativa e das situações concretas.

Essa legislação, ou seja, a lei complementar federal, não foi editada. Foi, entretanto, promulgada a EC nº 57/08, convalidando aquilo que o STF já havia decidido como inconstitucional. Ao assim proceder o Poder Constituinte Reformador produziu emenda constitucional sobre assunto que está explicitamente subtraído de sua competência, ou seja, produziu emenda constitucional que deliberou sobre uma garantia individual, ou seja, sobre a coisa julgada.

Com esse procedimento, ou seja, edição de emenda constitucional com conteúdo que afeta a coisa julgada, o Poder Constituinte Reformador produziu ato inconstitucional, no caso a EC nº 57/08, já que tratou de matéria com natureza tendente a abolir a coisa julgada, a qual, por sua vez, ao se constitui em uma garantia individual, integra a cláusula pétrea a que expressamente alude o inc. IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição Federal.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELLORE, Luiz.Guilherme. Estudos sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro, 2013.

GRECO, Leonardo. Relativização da Coisa Julgada. 2ª ed./2ª tir. JusPODIVM, 2008.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. Poder de Reforma Constitucional - Limitações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Teoria da Reforma Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4ª ed. Método: São Paulo, 2010.

Diário da Câmara dos Deputados, 14 de novembro de 2008, pág. 51847/51867.

Diário do Congresso Nacional (Seção I), 15 de novembro de 1991, pág. 23219/23220.

Diário do Senado Federal, 18 de março de 2004, pág. 07502/07503.