



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**O controle judicial sobre os atos “*interna corporis*” do Poder
Legislativo Federal: uma análise crítica da jurisprudência do Supremo
Tribunal Federal**

Daniel Guedes Ferreira Prates
Matrícula: 08/27134

Brasília
2013

Daniel Guedes Ferreira Prates

O controle judicial sobre atos “*interna corporis*” do Poder Legislativo Federal: uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito da Universidade de Brasília - UNB, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins.

**Brasília
2013**

Daniel Guedes Ferreira Prates

O controle judicial sobre os atos “*interna corporis*” do Poder Legislativo Federal: uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito da Universidade de Brasília - UNB, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins.

Brasília, 18 de julho de 2013.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins
Orientador

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
Integrante da Banca Examinadora

Professor Doutor Guilherme Scotti Rodrigues
Integrante da Banca Examinadora

Sumário

Resumo	
Abstract	
1. Introdução	7
1.1. Metodologia de pesquisa	7
1.2. Metodologia de análise	8
2. Os atos “<i>interna corporis</i>” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	8
2.1. A mudança de jurisprudência a partir do paradigmático Mandado de Segurança 23.841	8
3. A análise da jurisprudência da Corte à luz dos precedentes-referências	10
3.1. Mandado de Segurança 21.754 – O Caso da Revisão Constitucional	10
3.1.1. Resumo do caso	10
3.1.2. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio	11
3.1.3. Voto de divergência do Ministro Francisco Rezek	12
3.1.4. Percepção da Corte	13
3.1.5. Análise crítica da decisão	13
3.2. Mandado de Segurança 24.831 – <i>Leading Case</i> da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Bingos	20
3.2.1. Resumo do caso	20
3.2.2. Voto do Ministro Relator Celso de Mello	21
3.2.3. Percepção da Corte	23
3.2.4. Análise crítica da decisão	25
3.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029 – O Caso das Comissões Mistas na Análise das Medidas Provisórias	31

3.3.1. Resumo do caso.....	31
3.3.2. Voto do Ministro Relator Luiz Fux	32
3.3.3. Percepção da Corte	35
3.3.4. Análise crítica da decisão.....	36
3.4. Mandado de Segurança 31.816 – O Caso do Veto Presidencial ao Projeto de Lei dos <i>Royalties</i> de Petróleo	43
3.4.1. Resumo do caso.....	43
3.4.2. Voto do Ministro Relator Luiz Fux	45
3.4.3. Voto de divergência do Ministro Teori Zavascki	47
3.4.4. Percepção da Corte	48
3.4.5. Análise crítica da decisão.....	50
3.5. Mandado de Segurança 32.033 – O Caso do Projeto de Lei Complementar dos Partidos Políticos.....	58
3.5.1. Resumo do caso.....	58
3.5.2. Decisão Liminar do Ministro Relator Gilmar Mendes.....	59
3.5.3. Análise crítica da decisão.....	61
4. Conclusão	70
5. Referências bibliográficas.....	77

Resumo

O presente estudo teve por objetivo analisar criticamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição de 1988 até os dias atuais, em relação aos atos “*interna corporis*” do Poder Legislativo Federal. Para tanto, realizou-se a seleção do universo de precedentes por meio da pesquisa do argumento “*interna corporis*”, no sistema de busca do *site* do Supremo Tribunal Federal. Diante de tais dados, percebeu-se a mudança de jurisprudência a partir do Mandado de Segurança 24.831 – *leading case*. Assim, antes desse precedente, a Corte, via de regra, entendia que os atos “*interna corporis*” do Legislativo eram, de modo geral, previamente, imunes ao controle judicial. Contudo, após o citado precedente, o Tribunal assumiu uma postura mais ativa e exerceu maior controle sobre tais atos. Nesse contexto, cinco precedentes foram selecionados com a finalidade de melhor analisar e criticar os fundamentos e as decisões utilizados pela Corte para fiscalizar, ou não, os atos em questão. Logo, examinou-se, detalhadamente, tais precedentes e, ao final, realizou-se o cotejo entre eles, bem como os contextualizou-se dentro da jurisprudência do Tribunal. Por fim, concluiu-se que a doutrina dos atos “*interna corporis*” e seus fundamentos são anacrônicos, não correspondendo adequadamente às perspectivas atuais. Portanto, entendeu-se que, contemporaneamente, nenhum ato – ainda que de outro poder – deve estar, previamente, excluído do controle judicial e que, assim, a abordagem da Corte Suprema, em face de quaisquer atos do Poder Legislativo Federal, deve ser à luz da possibilidade abstrata de legitimidade do controle. A efetiva possibilidade e legitimidade, então, somente serão verificadas caso a caso.

Palavras-chave: Poder Legislativo Federal. Atos “*interna corporis*”. Anacronismo. Controle judicial. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Legitimidade.

Abstract

The present research had as goal to analyze critically the jurisprudence of the Federal Court Supreme, since the promulgation of Constitution from 1998 to current days, as regards to “*interna corporis*” acts of Federal Legislative Power. Therefore, the selection of the universe of precedents through the research of expression “*interna corporis*”, in the search system of site of Federal Court Supreme, was achieved. Before these datas, from Writ of *Mandamus* 24.831 – *leading case* – was realized the change of

jurisprudence. Thus, before this precedent, the Court, generally, considered the “*interna corporis*” acts of Legislative were, in general, previously, immune to the judicial review. However, after the reported precedent, the Tribunal assumed a behavior more active and exerted greater review over those acts. In this context, five precedents were selected for the purpose to better analyze and criticize the basis e the decisions used by the Court to review, or not, the acts in question. Hence, that precedents were, in detail, analyzed and, at the end, the comparison between them was made, as well as they were contextualized inside the jurisprudence of the Tribunal. Finally, the conclusion was that doctrine of “*interna corporis*” acts and its basis are anachronistic and do not correspond suitably to the actual insights. Therefore, the understanding was that, nowadays, no act – even from other political power – should be, previously, excluded of judicial review and that, thus, the approach of Supreme Court, in view of any acts of Federal Legislative Power, should be in the light of abstract possibility of legitimacy of the review. The effective possibility e legitimacy, thus, only will have been verified case to case.

Keywords: Federal Legislative Power. “*Interna corporis*” acts. Anachronism. Judicial review. Jurisprudence. Federal Supreme Court. Legitimacy.

1. Introdução

A relação entre poderes políticos do Estado é tema recorrente nos estudos de diversas áreas do saber, como o Direito, a Filosofia e a Ciência Política. A persistência de investigação do assunto se deve à sua sensibilidade e relevância para o avanço e para a consolidação das instituições e da democracia.

Nessa linha, o controle judicial de atos de outro poder se insere dentro desse campo de pesquisa, na medida em que implica a análise de como se dá parte da dinâmica entre os poderes.

O controle judicial dos atos do Poder Legislativo, nesse contexto, representa importante ponto da relação dos poderes, vez que, nessa situação específica, comunicam-se questões como legitimidade das normas e dos atos produzidos pelo Parlamento, bem como a compatibilidade desses com a Constituição.

Assim, com a finalidade de melhor promover a interação entre Poder Judiciário e Poder Legislativo (dentre relações entre outros órgãos e poderes), construiu-se a doutrina dos atos “*interna corporis*”, cujo sentido é o de que o primeiro não pode fiscalizar certos atos do segundo. Em outras palavras, determinados atos legislativos estariam, previamente, imunes ao controle judicial, em face da separação dos poderes.

Tal construção, todavia, é, contemporaneamente, controversa e percebida com reservas, tanto sob uma perspectiva epistemológica, quanto empírica, o que coloca em evidência a discussão da legitimidade do controle judicial dos atos do Legislativo, assim como o próprio significado da separação dos poderes. Daí advêm a pertinência teórica e a prática de uma pesquisa acerca de tal assunto.

Nesse sentido, a presente investigação tem como tema o controle judicial dos atos “*interna corporis*” do Poder Legislativo Federal pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Tal tema tem como objetivo a observação e a crítica de como se dá a fiscalização judicial de tais atos, por meio da análise da jurisprudência da Corte desde a promulgação da Constituição Federal (CF/88), em 1988, até os dias atuais. Assim, a seguir se explicitará em que bases metodológicas foi feita a pesquisa e a seleção dos precedentes do STF, a fim de se realizar a presente investigação.

1.1. Metodologia de pesquisa

A metodologia de pesquisa foi realizada com base na procura do argumento “*interna corporis*”, no sistema de busca de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O resultado foi: 58 acórdãos; 195 decisões monocráticas; 31 decisões da presidência; 1 questão de ordem; e 44 informativos¹.

Ademais, realizou-se a eventual colação de precedentes não retornados na pesquisa, mas que, por sua relevância flagrante (seja por citação em obras doutrinárias, ou mesmo, nos mencionados precedentes, seja por sua grande repercussão em mídias, o que demonstra, em tese, a tensão entre os poderes advinda de determinada decisão judicial) ao tema, foram discriminados.

1.2. Metodologia de análise

A partir do resultado colhido na metodologia de pesquisa, selecionou-se somente os 58 acórdãos, haja vista que, para o alcance dos objetivos do presente trabalho, é necessária a análise apenas das decisões do Plenário e das Turmas do STF, excluindo-se por consequência as demais decisões.

Nesse sentido, leu-se as ementas dos 58 acórdãos e se discriminou as mesmas. Assim, foram excluídas da análise, as decisões que não cuidavam dos atos “*interna corporis*” do Poder Legislativo Federal e as anteriores à CF/88.

Portanto, procedeu-se a leitura e o exame das ementas dos precedentes selecionados, e, a partir daí, determinou-se quais precedentes seriam utilizados como referências. É o que se fará na sequência.

2. Os atos “*interna corporis*” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

2.1. A mudança de jurisprudência a partir do paradigmático Mandado de Segurança 23.841

Inicialmente, cumpre destacar que o resultado da análise dos precedentes revelou uma mudança de jurisprudência da Corte. Desse modo, em um primeiro momento, o STF tinha o entendimento, em geral, de não ser possível fiscalizar atos considerados “*interna corporis*” do Poder Legislativo. Já em um segundo momento, passou a ter uma atuação mais ativa e a controlar os aludidos atos.

¹ Último acesso em 09/07/2013.

Nesse sentido, com base na pesquisa feita, a fiscalização judicial sofreu forte alteração após o julgamento do Mandado de Segurança (MS) 23.841, em 22/06/2005. Assim, antes desse período a Corte praticamente não controlou atos do Poder Legislativo com fundamento na doutrina “*interna corporis*” e, após tal precedente, o STF passou a controlar mais tais atos.

Com o intuito de melhor esclarecer, informam-se os precedentes anteriores ao aludido precedente paradigma (com suas respectivas datas de julgamento), a saber: MS 24.832 (18/03/2004); MS 24.356 (13/02/2013); Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.666 (03/10/2002); ADI 1.635 (19/10/2000); ADC 3 (01/12/1999); MS 23.388 (25/11/1999); MS 22.494 (19/12/1996); MS 22.503 (08/05/1996); MS 22.183 (05/04/1995); MS 21.754 (07/10/1993); MS 21.374 (13/08/1992); e MS 20.811 (15/09/1988). Nessa linha, de um total de doze precedentes, antes do precedente paradigma, somente em um – ADC 3 – houve controle, mas esse não representou uma mudança na Corte, pois esta continuou a controlar os atos “*interna corporis*” e os casos posteriores não tiveram, em seus fundamentos, reflexos de tal precedente.

Nesse sentido, após o julgamento do MS 23.841, houve os seguintes precedentes (e suas respectivas datas de julgamento): MS 24.849 (22/06/2005); MS 25.579 (19/10/2005); MS 25.647 (30/11/2005); ADI 3.146 (11/05/2006); MS 26.441 (25/04/2007); MS 26.900 (12/09/2007); MS 26.062 (10/03/2008); MS 25.588 (02/04/2009) e MS 31.816 (27/02/2013). Assim, de um total de nove precedentes, após o precedente paradigma, seis foram controlados, nos quais houve influência direta, em seus fundamentos e em suas partes dispositivas, em maior ou menor medida. Apenas o MS 26.062, o MS 25.588 e o MS 31.816 não foram fiscalizados.

Esses dados indicam que a Corte, de fato, após o precedente paradigma –MS 24.831 –, alterou a sua perspectiva e a sua jurisprudência, em relação aos atos “*interna corporis*” do Poder Legislativo, ainda que possa revelar momentos de oscilação entre um comportamento mais ativo e um menos ativo, isto é, de controlar ou de não controlar tais atos, respectivamente.

Nessa linha, a fim de melhor compreender quais foram os fundamentos das decisões no sentido de não controlar tais atos, bem como os das no sentido de fiscalizar estes e, com efeito, analisar, criticamente, a jurisprudência da Corte sobre o tema, foram

selecionados cinco precedentes, cuja representação, no contexto político-social, é eloquente e emblemática², para leitura integral e análise mais profunda e detida.

Portanto, os precedentes selecionados – precedentes-referências – foram: (i) o MS 21.754; (ii) o MS 24. 831 (precedente paradigma); (iii) a ADI 4.029; (iv) o MS 31.816; e (v) o MS 32.033³. Por fim, a análise de tais precedentes se dará na ordem disposta acima (ordem cronológica), bem como, em relação a cada precedente-referência, haverá, primeiramente, uma parte descritivo-expositiva e, em seguida, a parte crítica.

3. A análise da jurisprudência da Corte à luz dos precedentes-referências

3.1. Mandado de Segurança 21.754 – O Caso da Revisão Constitucional⁴

3.1.1. Resumo do caso⁵

Trata-se de alegada violação ao Regimento Comum do Congresso Nacional (RCCN), no processo de revisão constitucional (1993), cuja previsão fora estabelecida pela Assembléia Constituinte. Nesse sentido, o Projeto de Resolução n. 3 (o qual versava sobre os trabalhos da revisão), de 1993 do Congresso Nacional (CN), teria sido lido, em sessão conjunta (ato preparatório), sem o alcance, no painel eletrônico e com o decurso do tempo de espera de trinta minutos (previsto regimentalmente), do quórum de abertura (84 deputados e 14 senadores), disposto no RCCN.

Perante tal situação, impetrou-se Mandado de Segurança contra o ato da Mesa e do Presidente do Congresso Nacional – permissão da referida leitura sem o quórum –, postulando, ao final, a suspensão cautelar e, posteriormente, a ineficácia definitiva do citado ato, a fim de que uma nova leitura fosse realizada com o quórum exigido pelo RCCN.

² Trata-se de precedentes, cujas matérias de fundo têm importância elevada para a sociedade como um todo e, com efeito, exaltam a questão do controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo.

³ Muito embora a ADI 4.029 (citada no MS 31.816) e o MS 32.033 (grande relevância do tema – eleições – e elevada repercussão na mídia) não terem sido encontrados na pesquisa do argumento “*interna corporis*”, no sistema de busca do *site* do STF, eles, por trazerem diversos aspectos relevantes, para os objetivos do presente estudo, foram também selecionados, em conformidade com o critério de seleção mencionado no item “metodologia de pesquisa”.

⁴ Relator: Ministro Marco Aurélio

Relator para Acórdão: Ministro Francisco Rezek

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Partes

Agravado: LUIZ ALFREDO SALOMAO E OUTROS

Agravante : PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL

⁵ Ao longo desse estudo, este caso será intitulado como “Precedente da Revisão Constitucional”, bem será feita, simultaneamente, referência a sua classe e a seu número.

O Presidente e a Mesa do Congresso Nacional, por seu turno, sustentaram que havia o quórum, com base no painel eletrônico e, conjuntamente, nas dependências da casa. Especialmente (e no que é relevante para o estudo proposto), que o ato tratava-se de matéria “*interna corporis*”, por estar relacionado à interpretação regimental e, portanto, seria insuscetível de fiscalização judicial. Caso contrário, estar-se-ia ferindo o princípio da separação dos poderes, previsto na CF/88.

Ao final, no sentido de não se conhecer do MS, postularam pelo provimento do Agravo Regimental, interposto contra decisão liminar do Ministro Relator, que deferiu a suspensão do processo.

3.1.2. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio

O Ministro Relator Marco Aurélio observou duas situações distintas acerca do controle judicial do Poder Legislativo. A primeira era referente ao ângulo da conveniência e oportunidade, em que os atos decorrentes desse critério estariam inseridos no mérito político-administrativo, que, por sua vez, seriam insindicáveis perante o Judiciário. Assim, os atos “*interna corporis*” seriam apenas aqueles circunscritos por tal critério.

A segunda situação era relativa ao ângulo da observância das normas, isto é, da legalidade. Nessa linha, as normas do RCCN (e dos demais Regimentos Internos) poderiam ser judicialmente controladas, haja vista a própria CF/88 assegurar esse poder-dever ao Judiciário.

No caso em tela, o Ministro entendeu que o ato praticado transgrediu o próprio RCCN, por não haver a observância do quórum de abertura. Na espécie, então, tratar-se-ia de cumprimento das regras do processo legislativo em sentido amplo. Logo, a discussão pertinente seria a da existência da legalidade do ato, e não a do juízo de conveniência e oportunidade do mesmo, e, portanto, considerou possível o controle judicial no caso em questão.

Ainda, fundamentou que o controle judicial de tal ato seria permitido e necessário no Estado democrático de Direito e para a preservação da ordem constitucional. Por fim, citou precedente – o processo do *impeachment* do então ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello –, em que o STF teria interferido, ativamente, em atividades legislativas internas.

Assim, conheceu do MS e concedeu a liminar nos termos postulados; negando, portanto, o Agravo Regimental.

3.1.3. Voto de divergência do Ministro Francisco Rezek

O Ministro Rezek abriu a divergência e iniciou o seu voto chamando a atenção para o fato de que o Judiciário brasileiro teria um vasto campo de atuação, isto é, inúmeros atos poderiam ser objeto do controle judicial. Todavia, os atos “*interna corporis*” estariam excluídos da fiscalização judicial.

Nessa linha, o Ministro colacionou precedentes que não foram conhecidos pela Corte, vez que se tratavam de atos “*interna corporis*”⁶.

O Ministro lançou mão, ainda, do direito comparado, tendo por base, principalmente, os Estados Unidos da América, vez que estes teriam muitas similaridades com o nosso modelo de separação de poderes, de *judicial review* e de sistema presidencialista de governo.

Realizado o cotejo entre os dois ordenamentos⁷, chegou-se à conclusão de que, no Brasil, ao revés dos EUA, quase todas as questões são passíveis de judicialização – mesmo diversos atos do Poder Legislativo, como o processo legislativo, por estar disciplinado em nossa própria Constituição. Os atos “*interna corporis*” representariam, então, um estreito campo de insindicabilidade perante o Judiciário. Assim, não seria aconselhável, em um Estado democrático de Direito, que todos os temas possam ser discutidos no Judiciário. Portanto, ao menos tais questões “*interna corporis*” deveriam ser preservadas dessa fiscalização.

O Ministro rechaçou a aplicabilidade do precedente do processo de *impeachment*, citado pelo Ministro Relator, vez que a questão deste seria prioritariamente constitucional, com desdobramentos em leis ordinárias e, ainda, por ser cuidado, naquele caso, de relação entre membros, no exercício do *múnus público*, de poderes distintos – Executivo e Legislativo.

No caso em tela, ao contrário, não haveria estranhos ao Poder Legislativo, bem como a questão levada à Corte seria vinculada estritamente ao interior do Parlamento. Desse modo, mesmo que ocorresse uma regência errônea ou destoante da norma

⁶ MS 20.247, MS 20.464, MS 20.471 e MS 20.509.

⁷ Sistemas parlamentaristas e sistemas presidencialistas. EUA – o mais importante para um possível controle judicial seria a prerrogativa parlamentar (qualificação para o mandato parlamentar e proporções representativas na Câmara [cadeiras de acordo com as circunscrições]).

aplicável, tal fato somente seria corrigível no seio do daquele poder, estando ilidida a fiscalização judicial.

Por fim, concluiu que tal controle significaria a violação do princípio da separação dos poderes. Assim, deu provimento ao Agravo Regimental para não conhecer do MS.

3.1.4. Percepção da Corte

A Corte⁸, de modo geral, entendeu não haver transcendência constitucional na presente questão, em virtude de a matéria aqui discutida, segundo a maioria dos Ministros, se esgotar no campo das regras regimentais.

Nessa perspectiva, estar-se-ia diante de um cenário de ato “*interna corporis*” imune ao controle judicial, em face do princípio da separação dos poderes. Aqui, os Ministros foram claro ao dizer que, somente quando houver violação de direito subjetivo público ou de direito individual do parlamentar⁹, caberia a fiscalização do ato “*interna corporis*” pelo Judiciário.

Cumpram-se ainda três pontos: (i) o Ministro Celso de Mello buscou sustentar, pelo menos brevemente, que o controle judicial de atos “*interna corporis*” também seria cabível quando houvesse violação constitucional de modo mais amplo; (ii) o Ministro Sepúlveda Pertence procurou fundamentar que regras e interpretações regimentais, por si só, isto é, independentemente de ofensa direta à Constituição, poderiam gerar o controle judicial, caso houvesse lesão a direitos subjetivos; e (iii) o Ministro Moreira Alves definiu ato “*interna corporis*” como aqueles que nascem e se exaurem no interior de um poder.

Ante essa situação, o Plenário decidiu por não conhecer do MS e prover o Agravo Regimental, nos termos do voto do Ministro Francisco Rezek.

3.1.5. Análise crítica da decisão

Inicialmente, cabe destacar que o Ministro Marco Aurélio parte do problema elementar: quais atos do Poder Legislativo podem ser controlados pelo Judiciário? A

⁸ O Tribunal era constituído pelos Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Octavio Gallotti, Néri da Silveira, Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Moreira Alves, Sydney Sanches e Paulo Brossard (estes dois últimos estavam ausentes no julgamento).

⁹ A utilização dos conceitos de direito subjetivo público e de direito subjetivo individual é feita de forma muito pouco sistemática pela jurisprudência do STF, nos precedentes dos atos “*interna corporis*”.

partir daí, o Ministro afirma que aqueles atos legislativos relativos ao critério da conveniência e oportunidade¹⁰ não podem ser controlados pelo Judiciário, pois seriam “*interna corporis*”. Por seu turno, os atos que ferissem lei, mesmo que norma regimental, poderiam ser objeto de controle judicial.

Ora, o Ministro e a Corte como um todo avaliam o problema sob o ângulo dos atos “*interna corporis*” – a exemplo do Impetrado. Nessa linha, deve-se observar que a doutrina dos atos “*interna corporis*” têm como pressuposto e fundamento a separação funcional dos poderes, cujo sistema tenta discriminar as atividades típicas e próprias de cada poder político.

Nesse contexto, primeiramente, cumpre observar que tal modelo de separação dos poderes – antecessor da aludida separação funcional – já não corresponde às expectativas institucionais contemporâneas, como observa o professor Inocêncio Mártires Coelho:

Impõe-se reconhecer que o paradigma da separação dos poderes, pelo menos em sua configuração inicial, entrou em crise há muito tempo e que isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram Locke e Montesquieu, os seus mais conhecidos formuladores¹¹.

Assim, percebe-se que também o modelo funcional da separação dos poderes não se adéqua às exigências contemporâneas, pois não consegue convencer que a distinção entre os poderes se dá com base em suas funções próprias nem típicas¹². Esta perspectiva está relacionada à atual fase de desenvolvimento da epistemologia, a qual não ignora a atividade criadora de qualquer interpretação, inclusive a judicial¹³. Logo, a função de criar norma, de criar direito, também é do Judiciário, quando profere decisões.

¹⁰ Vale salientar que, mesmo os atos oriundos do critério de conveniência e oportunidade, em situações excepcionais, podem ser controlados pelo Judiciário (FAGUNDES, 1950, p.40). Logo, a distinção realizada pelo Ministro Relator Marco Aurélio não é apropriada, o suficiente, para indicar qual ato legislativo pode, ou não, ser controlado judicialmente.

¹¹ COELHO, Inocêncio Mártires, 2009, p. 118.

¹² A mesma crítica feita ao modelo clássico da separação dos poderes se aplica também ao modelo de *checks and balances*, na medida em que função própria (relativo ao primeiro modelo) e função típica (relativo ao segundo) não são os melhores critérios para se diferenciar os poderes. Assim, como explicitado que a atividade judicial envolve interpretação que, por sua vez, com base no atual estágio da epistemologia, sabe-se ser atividade criadora, resultando em criação de normas, de direitos pelo Judiciário em suas atividades regulares. Logo, exerce uma atividade que seria, para o modelo de *checks and balances*, função típica do Poder Legislativo e, assim, tal modelo, nesse aspecto, também não apresenta o que melhor discrimina um poder do outro.

¹³ COELHO, Inocêncio Mártires, 200, p. 114-119.

Nesse cenário, não se pode prescindir, em prol do próprio entendimento da separação de poderes como princípio¹⁴, de relê-la contemporaneamente, como explica o professor Inocêncio Mártires Coelho:

Cumpra repensar o paradigma da separação dos poderes em perspectiva temporalmente adequada, porque sua sobrevivência, como princípio, dependerá da sua adequação, como prática, às exigências da sociedade aberta dos formuladores, intérpretes e realizadores da Constituição¹⁵.

Como se percebe, em face do fato de a separação funcional dos poderes não fornecer bases adequadas para se verificar o que realmente distingue um poder do outro e, desse modo, qual é uma abordagem mais apropriada do presente caso, faz-se necessária a observação de outro modelo de separação de poderes que melhor auxilie no enfrentamento do problema.

Nessa linha, defende-se que a teoria de Habermas permite uma melhor diferenciação entre cada um dos poderes e, com efeito, uma melhor abordagem do tema. Nesse sentido, vale expor as lições do professor alemão:

Do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos. Somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas. A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais; os mesmos argumentos, porém, desempenham um papel diferente, quando são aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apoia em decisões consistentes e na visão da coerência do sistema jurídico em seu todo. A administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário, do que ocorre com o legislativo e a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias – como é o caso de sujeitos do direito privado¹⁶.

¹⁴ O princípio da separação de poderes é considerado cláusula pétrea pela CF/88 (art. 60, §4º, II). Então, aqui se cuida não de negá-lo, mas antes, de conformá-la a atual exigência constitucional.

¹⁵ COELHO, 2009, p. 118.

¹⁶ HABERMAS, 1997, p. 239.

Como se observa, o que fundamentalmente discrimina um poder do outro, na teoria habermasiana, é a lógica e construção argumentativa de cada poder. Logo, cada poder possui um discurso próprio e isso os diferencia dos demais.

Pode-se notar, então, que o discurso parlamentar, via de regra, está preocupado em cuidar de situações gerais, ordinárias a fim de produzir normas, abstratamente, válidas e úteis para a sociedade. Por seu turno, o discurso jurídico busca avaliar as situações concretas, extraordinárias, com a finalidade de se chegar a uma decisão para um caso concreto¹⁷.

Portanto, pela teoria habermasiana, o Judiciário pode apreciar diversas matérias, desde que fundamentado em seu discurso. Assim, em relação aos atos “*interna corporis*”, o controle judicial, com o intuito de determinar/ dizer o direito em dado caso, poderia incidir sobre aqueles. É dizer: dada uma situação extraordinária de alegação de direito violado, o Judiciário pode investigar o caso e, amparado no seu discurso, dar a resposta judicial para ele. Logo, não há exclusão, *prima facie*, do controle judicial pelo mero fato de se tratar de ato “*interna corporis*”.

Desse modo, compreende-se que, como a doutrina “*interna corporis*” – fundamentada na separação funcional dos poderes –, a teoria de Habermas não indica um critério para decisões da Corte, mas é útil no sentido de fornecer uma base para uma melhor abordagem do problema, haja vista não exclui previamente a fiscalização judicial de tais atos, cuja prática pode ser abusiva ou violadora de direitos.

Além disso, deve-se admitir que, no Estado democrático de Direito, o mito do parlamento soberano é vazio de sentido¹⁸ e a Constituição é percebida como suprema, o que implica dizer que todos – poderes, entidades, órgãos e pessoas – a ela se submetem. Desse modo, o legislador não está acima da Constituição, devendo observá-la e cumpri-la¹⁹.

Nessa linha, a Corte não pode se eximir de seu papel constitucional de apreciar as questões que violem a Constituição ou os direitos fundamentais²⁰. Portanto, a teoria de Habermas encontra e é sólido apoio na atual percepção do devido funcionamento dos poderes no Estado democrático de Direito.

¹⁷ HABERMAS, 1997, p. 211-241.

¹⁸ FERNANDEZ, Thomas-Ramon, 1998, p. 117-120.

¹⁹ PAULO GUSTAVO GONET, 2009, p. 224-230. PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. 2008, p. 166-170.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, 1996, p. 38.

No precedente em análise, independentemente da decisão, a Corte em sua totalidade, ao tomar a doutrina “*interna corporis*” como referência, teve uma abordagem inadequada diante do problema, promovendo, como desenvolvido, uma interpretação superada e inapropriada do princípio da separação dos poderes e contrária ao Estado democrático de Direito.

Deve-se destacar, ademais, que a utilização do conceito de ato “*interna corporis*”, assim como dos demais conceitos, está associada aos contextos históricos e semânticos próprios, e que, nesse caso, verifica-se a necessidade deste conceito, não mais operacional, ser superado²¹. Assim, percebe-se a complexidade de, atualmente, definir-se o conceito de ato “*interna corporis*”.

Nesse sentido, vale mencionar o conceito apresentado pelo Ministro Moreira Alves: “(atos “*interna corporis*”) são aqueles que nascem e se exaurem no interior dos Poderes”. Ora, um ato no interior de uma Constituição Parlamentar de Inquérito; a regulação do processo legislativo por meio de normas regimentais; a cassação de congressista por falta de decoro parlamentar; dentre outros; são atos que, contemporaneamente, somente tem relevância e repercussão dentro do âmbito do Legislativo e, assim, não poderiam ser controlados pelo Judiciário?

A todas essas perguntas não se tem uma resposta pré-definida nem se pode afirmar que os efeitos de tais atos se circunscreverão apenas à esfera do Poder Legislativo.

Portanto, o citado conceito, de fato, não é útil para a definição e compreensão de atos “*interna corporis*” e, conseqüentemente, para se constituir como critério de solução de conflitos entre poderes nos dias correntes.

Não se pode prescindir de observar que o conceito de direito subjetivo foi mencionado por diversos Ministros²². Assim, muito embora não tenham desenvolvido, em seus votos, tal conceito, os Ministros sustentaram que, caso houvesse violação ou ameaça de violação a direitos subjetivos públicos dos parlamentares (eis que a maioria se valeu de precedentes nessa linha), o argumento de atos “*interna corporis*” – decorrente de normas regimentais ou sua interpretação – cederia diante daqueles a fim de garanti-los.

²¹ MACEDO, Cristine Branco, 2007, p. 119-123.

²² Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves e Octavio Gallotti.

Ora, essa perspectiva, por um lado, possui aspectos positivos, pois, ao menos, os Ministros levaram em consideração, em conformidade com o Estado democrático de Direito e com o art. §5º, XXXV, da CF/88, o fato de que, caso se vislumbrasse lesão a direitos, não se poderia afastar a fiscalização judicial²³.

Por outro lado, esse tratamento não convence totalmente, na medida em que para se excluir o controle de determinado ato “*interna corporis*”, é necessário proceder à análise do próprio ato a fim de se verificar a existência, ou não, de violação a direitos. Não é adequada, assim, a prévia exclusão do controle judicial de um ato pelo simples argumento de se cuidar de “*interna corporis*”. Logo, seria imprescindível adentrar no mérito e observar se houve, ou não, ofensa a direitos.

No precedente em questão, os Ministros se limitaram a dizer que não havia direitos em jogo. Não desenvolveram nem aprofundaram o problema. Assim, percebe-se que, apesar das ressalvas realizadas acerca de lesões a direitos, mantiveram-se, de fato, junto à concepção de que os atos “*interna corporis*” estão previamente afastados da fiscalização judicial.

Portanto, os Ministros não deram ao problema o tratamento adequado, pois estes poderiam e deveriam avaliar o caso, valendo-se do discurso jurídico de que, no Estado democrático de Direito, ninguém está acima da Constituição, não podendo, por exemplo, regulamentá-la em sentido contrário ao de seu escopo. Esse argumento já seria suficiente para implicar uma análise mais detida do problema por parte da Corte.

Todavia, além disso, pode-se sustentar também que a teoria de Habermas – com fundamento na democracia procedimental – fortalece outra perspectiva sobre o controle judicial dos atos do Legislativo, incluídos aí os “*interna corporis*”.

Assim, segundo a teoria habermasiana, nos Estados democráticos de Direito, a soberania popular é decorrente do poder comunicativo e, logo, plural e difusa, transferindo a soberania do Parlamento. Então, as decisões do Legislativo devem se submeter à conformação constitucional e ao poder comunicativo (amplas redes de comunicação e negociação) e, portanto, os atos legislativos devem se submeter à justificação pública.

Por sua vez, o Judiciário tem a exigência de tentar formar um consenso e apreciar os atos do legislativo com a finalidade de preservar as regras do jogo político

²³ Quanto a esse aspecto, tais considerações se coadunam com as bases da CF/88, na medida em que o novo texto constitucional colocou, além de ampliar, a parte dos direitos, em um primeiro momento, em contraposição a parte da organização do Estado, em um segundo momento, a fim de privilegiar e enfatizar os direitos como aspecto essencial da nova ordem constitucional.

democrático e os pressupostos comunicativos e procedimentais que possibilitem a formação da vontade democrática, estando assegurada a vontade de grupos minoritários.

Nesse contexto, o parâmetro de controle se estende às normas regimentais (as quais devem integrar o bloco de constitucionalidade), eis que estas podem interferir no processo de formação democrática da vontade popular²⁴⁻²⁵.

Além de tudo o que foi dito, aqui cabe ainda uma crítica específica ao Ministro Francisco Rezek que, sequer mencionou a questão dos direitos subjetivos – um dos elementos fundamentais e informativos para o controle judicial –, desenvolvendo sua idéia sem apresentar nem ao menos exceções de fiscalização judicial dos atos “*interna corporis*”. Limitou-se a tentar fundamentar seu voto em análise comparada entre ordenamento jurídico brasileiro e o norte-americano (que, segundo ele, teria características comuns relevantes para se realizar um cotejo²⁶). Assim, somente afirmou que, no Brasil, o Judiciário já podia controlar inúmeras questões e que pelo menos algum ato deveria escapar da fiscalização, e este seria o “*interna corporis*”.

Contudo, a despeito da abordagem inapropriada (doutrina “*interna corporis*”) e do tratamento raso (não se detalhou a questão dos direitos subjetivos), a decisão da Corte parece ter sido acertada, não evidentemente em seus fundamentos, mas em seu dispositivo.

Nesse sentido, o ato objeto do presente MS era referente à simples leitura do Projeto de Resolução n.3, que regulava o processo de revisão constitucional, para mero fim publicitário, ou seja, nem sequer ia se deliberar tal texto; quanto menos modificá-lo nesse momento. Os debates e as alterações almejados estavam, assim, garantidos.

Parece razoável, portanto, que não fosse exigível o quórum de abertura dos trabalhos para essa situação, o que, com efeito, não engendraria nenhuma violação a direito subjetivo, pois todos os parlamentares poderiam debater todos os pontos de tal Projeto e propor as alterações que houvessem por bem serem efetuadas.

Em contrapartida, na hipótese de não haver quórum de abertura para se deliberar o texto e ainda assim deliberá-lo, aparenta-se configurar possível lesão a direito de parlamentar, na medida em que aí, de fato, já se poderia discutir e alterar o texto, o que poderia influenciar em como seria a votação do texto, com evidente

²⁴ A relevância das normas regimentais é evidente, já que determinam o processo e procedimento da formação das outras normas, como se observa pela aplicação da teoria habermasiana. MACEDO, Cristine Branco, 2007, p. 69-70.

²⁵ Nessa linha, defende-se que as normas regimentais têm *status* de norma jurídica, cujo controle judicial pode ser exercido, independentemente de violação a direitos. MACEDO, Cristine Branco, 2007, p. 105.

²⁶ Em especial, o sistema presidencialista de governo.

prejuízo a certos parlamentares. Nesse caso, o não cumprimento do quórum representaria uma violação ao processo legislativo em sentido amplo, acarretando, por seu turno, em lesão a direito subjetivo do parlamentar.

Portanto, ante o exposto, conclui-se que a decisão em comento não se valeu dos fundamentos e da abordagem adequados, mas que, apesar desse fato, trouxe parte dispositiva apropriada, em partes, no sentido de, implicitamente, não determinar à releitura do Projeto de Resolução n. 3²⁷⁻²⁸.

3.2. Mandado de Segurança 24.831 – *Leading Case* da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Bingos²⁹

3.2.1. Resumo do caso³⁰

O presente precedente trata de suposta omissão da Mesa do Senado Federal, a qual teria lesado direito subjetivo público das minorias parlamentares ao alegadamente frustrar a instauração de inquérito parlamentar, cuja investigação se daria em torno de operações ilícitas de jogos de azar – popularmente conhecida como “CPI dos Bingos”.

Nesse contexto, deve-se evidenciar que a minoria parlamentar já havia apresentado, junto à mesa do Senado Federal (SF), requerimento (previsto tanto no art. 58, §3º, da CF/88, quanto no Regimento Interno do Senado Federal [RISF]) com a finalidade de se constituir a CPI, o qual preenchia os requisitos do art. 58, §3º, da CF/88. Assim, a Mesa do SF, no exercício de suas prerrogativas, determinou que os líderes partidários indicassem os senadores para compor, como membros, a CPI, de

²⁷ Apesar de se entender ser possível o controle judicial das normas regimentais, independentemente de lesão a direitos – conforme argumentado no corpo do texto –, deve-se ressaltar que a análise das disposições regimentais de cada caso vai além dos objetivos propostos nesse estudo. Assim, para fins da presente investigação, (i) a constatação de que a Corte não admite, por si só, o controle de normas regimentais e (ii) a defesa de que tais normas deveriam, em razão de darem, dentre outros fatores, legitimidade às demais normas, já atingem a finalidade de se avaliar criticamente, quanto a esse aspecto, a jurisprudência do STF. Portanto, a análise de que a decisão foi, apenas em partes, acertada, decorre, dentre os motivos já expostos no corpo do texto, também do fato de o Tribunal não ter utilizado as disposições regimentais como parâmetro a integrar o bloco de constitucionalidade, o que poderia conferir uma decisão distinta – e mais adequada – da proferida.

²⁸ Todos os Ministros, exceto o Ministro Relator Marco Aurélio, seguiram a divergência aberta pelo Ministro Francisco Rezek.

²⁹ Relator: Ministro Celso de Mello
Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Julgamento: 22/06/2005

Partes

Impetrante: JOSÉ AGRIPINO MAIA

Impetrado: MESA DO SENADO FEDERAL

³⁰ Ao longo desse estudo, este caso será intitulado como “Precedente da CPI dos Bingos”, bem como será feita, simultaneamente, referência a sua classe e a seu número.

acordo com o princípio da proporcionalidade partidária, estipulada no art. 58, §1º, da CF/88.

Todavia, apenas os líderes dos partidos do grupo minoritário indicaram seus respectivos membros para que compusessem a CPI. Os líderes dos demais partidos – do grupo majoritário – abstiveram-se de fazer a indicação, prejudicando a constituição e a instalação da CPI.

Ademais, diante dessa situação, a minoria requereu que a Mesa do SF suprimisse tal omissão, mas seu pedido fora negado, sob a alegação de que não havia previsão no RISF que permitisse essa conduta.

Ante esse cenário, impetrou-se Mandado de Segurança contra o ato da Mesa do SF. Os fundamentos essenciais do MS foram levantados no direito de oposição e na prerrogativa de investigação parlamentar. Assim, a prevalência da maioria, em violação ao escopo do art. 58, §3º, da CF/88, significaria uma afronta ao direito das minorias e, com efeito, uma violação ao direito individual e ao direito subjetivo público dos parlamentares.

Por fim, sustentou-se que a lacuna do RISF poderia ser suprimida por meio da aplicação analógica do RCCN e do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD). Assim, postulou-se que fosse determinado ao Presidente do SF que fizesse tal aplicação e indicasse, ele mesmo, os membros do grupo partidário majoritário para compor a CPI.

Nas informações, a Mesa do SF, por seu turno, alegou, em sede de preliminar, que a questão em análise tratar-se-ia de matéria “*interna corporis*” imune ao controle judicial, em consagração ao princípio da separação de Poderes. No mérito, defendeu a inexistência de direito líquido e certo; não aplicação, por princípio da peculiaridade, do Regimento Interno de uma casa ao de outra; a autoridade impetrada não teria legitimidade legal nem regimental para praticar o ato postulado; a CF/88 poderia ser conformada por atos normativos, tais como os regimentais.

Ao final, requereu que o MS não fosse conhecido, por se cuidar de atos “*interna corporis*”, e, subsidiariamente, no mérito, não fosse dada concessão ao MS, em face da argumentação exposta acima.

3.2.2. Voto do Ministro Relator Celso de Mello

O Ministro Relator Celso de Mello proferiu longo voto, o qual fora dividido em duas partes principais, a saber: a possibilidade de cognoscibilidade e o mérito do MS.

Em relação à cognoscibilidade, o Ministro observou que, no Estado democrático de Direito, todas as pessoas e todos os poderes se submetem, de modo incondicional, aos princípios e direitos estabelecidos na Constituição.

Nessa linha, caberia ao Judiciário fazer prevalecer a autoridade da CF/88 e do império das leis, não se admitindo atos estatais que importassem transgressões a direitos, garantias e liberdades fundamentais.

O Ministro ponderou que nenhum dos poderes da República estaria acima da Constituição, que o princípio da separação de poderes não poderia ser arguido para justificar abusos e arbítrios e que o controle judicial, desde que observado o respeito à Constituição, seria legítimo e também uma exigência da ordem político-jurídica essencial ao regime democrático.

Afirmou, ainda, que, no Estado democrático de Direito, não haveria lugar para poder absoluto, ainda que no seu próprio domínio institucional. Logo, os atos “*interna corporis*” não poderiam ser invocados em busca de imunidade, quando ferissem direitos subjetivos nem quando se excedessem dos limites constitucionais que condicionem o exercício legítimo do poder.

O *judicial review*, que teria sido consagrado na CF/88, afastaria qualquer círculo de imunidade pretendente a ilidir o predomínio da lei e do Direito sobre a arbitrariedade do poder político. Nessa perspectiva, caberia ao STF o papel do órgão que fosse a encarnação viva da Constituição.

Na espécie, defendeu que houve ofensa direta à Constituição, haja vista a minoria ter seu direito violado ao ver frustrada a constituição e a instalação da CPI, garantidas no “Estatuto Constitucional das Minorias Parlamentares” (em especial, regras do art. 58 da CF/88, pois o Ministro não esclarece quais outras integrariam). Sustentou também que a alegada matéria “*interna corporis*” não se sustentaria, pois, além de ser um caso de natureza eminentemente constitucional, haveria também, em razão de ofensa a direitos subjetivos públicos dos parlamentares, transcendência do campo regimental para o constitucional. Portanto, em tal situação, a fiscalização judicial seria legítima e adequada.

O Ministro afirmou, ainda, que caberia ao Presidente do SF suprir a omissão dos líderes dos partidos majoritários, vez que incumbiria àquele administrar e organizar os trabalhos da Casa Parlamentar, inclusive a criação e o funcionamento de CPI’s.

No mérito, o Ministro observou que, dentre os poderes-deveres do Legislativo, estava o inquérito parlamentar, assegurado constitucionalmente. Fundamentou que, no caso em tela, havia nítido direito de oposição e direito das minorias, sendo que estes seriam essenciais ao regime democrático. Ademais, somente o Judiciário poderia garantir o direito das minorias, eis que estas não seriam comprometidas com a maioria.

Além disso, alegou que a constituição da CPI seria ato vinculado, bastando que fossem preenchidos os requisitos do art. 58, §3º, da CF/88, os quais, por seu turno, seriam taxativos. Assim, a maioria não poderia impedir a criação da CPI, quando houvesse o preenchimento daqueles requisitos. Caso tal impedimento ocorresse, estar-se-ia nulificando o poder de investigação do Parlamento e destruindo o direito de oposição, lesando, em última análise, a própria democracia e a prática republicana.

Ressaltou, desse modo, que direitos subjetivos dos parlamentares foram violados e, por conseguinte, os atos “*interna corporis*”, caso levantados, não poderiam prevalecer.

Por fim, entendeu o Ministro que o Estado democrático de Direito não haveria de ser mera proclamação retórica, mas, sobretudo, garantia real de que os direitos fundamentais fossem efetivamente garantidos. Assim, os direitos das minorias, para que não fossem apenas promessa constitucional, deveriam ser apropriadamente assegurados, no caso em comento, pelo Judiciário. Então, afirmou-se que cabia ao Presidente do SF, em face da omissão dos líderes do grupo partidário, suprir a lacuna regimental (a qual não previra a quem competia indicar os membros das CPI’s em caso de omissão dos líderes) e aplicar, por analogia, o RICD ou o RCCN.

Portanto, o Ministro conheceu do MS e julgou-o procedente, para que o Presidente do SF aplicasse, analogicamente, o RICD ou o RCCN, a fim de que a CPI fosse constituída e tivesse seu funcionamento garantido.

3.2.3. Percepção da Corte

Todos os demais Ministros³¹, à exceção do Ministro Eros Grau, acompanharam o voto do Ministro Relator. Apenas algumas ressalvas foram realizadas.

³¹ A Corte era formada pelos Ministros Celso de Mello, Eros Grau, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Carlos Velloso, Gilmar Mendes, Nelson Jobim e Hellen Gracie (ausente nesse julgamento).

Inicialmente, cumpre observar que a divergência aberta pelo Ministro Eros Grau fora baseada, principalmente, no fato de que o requerimento (apresentado pela minoria junto à Mesa do SF) para constituir a CPI, seria, por si só, de acordo com a adequada exegese do texto constitucional, ato criador bastante da CPI, ainda que os demais membros não fossem indicados pelos líderes do grupo majoritário. Assim, ao apresentar o requerimento, a CPI estaria constituída, e a sua instalação e seu funcionamento se dariam em momento posterior, dentro do quadro de luta parlamentar normal.

Nessa linha, o Ministro Eros Grau entendeu que a CPI já teria sido criada e que o prazo máximo de funcionamento de qualquer CPI – 120 dias³² – já teria decorrido. Logo, o MS estaria prejudicado.

Argumentou também que o direito a inquérito parlamentar não seria exclusivo das minorias, bem como não caberia ao Judiciário determinar a constituição da CPI, pois, caso o fizesse, teria também que fixar o seu pleno funcionamento. Entendeu o Ministro, afinal, que o Judiciário, então, estaria adentrando em questões exclusivas do Legislativo e reservadas ao embate político. Portanto, não caberia ao STF determinar aplicação analógica dos Regimentos Internos e, assim, indeferiu o MS.

Os demais Ministros refutaram a prejudicialidade levantada pelo Ministro Eros Grau ao se valerem do fundamento de que a criação da CPI seria ato complexo, envolvendo, em verdade, um conjunto de atos, e não apenas o requerimento. Assim, apenas um ato teria sido realizado – o requerimento – restando outros, como a indicação dos membros pelos líderes partidários. Portanto, não teria sequer iniciado o prazo de 120 dias.

Nesse contexto, os Ministros entenderam pela cognoscibilidade do presente MS, com fulcro, especialmente, no caráter constitucional da matéria – direito e estatuto das minorias. Alguns, ainda, levantaram também a perspectiva de lesão a direitos subjetivos públicos dos parlamentares.

No mérito, os Ministros sustentaram se tratar de direito de oposição e direitos das minorias, assegurados constitucionalmente, e com essencial relevância para a democracia.

Por último, o Ministro Presidente Nelson Jobim procurou explicitar e delinear a decisão, ao afirmar que esta era apenas no sentido de que o Presidente do SF aplicasse

³² De acordo com o art. 145, §4º, do RISF.

analogicamente o RICD ou o RCCN, e indicasse os membros da CPI, e não de estabelecer o pleno funcionamento da CPI.

Portanto, a maioria dos Ministros acompanhou o Ministro Relator e observou a restrição feita pelo Ministro Presidente, para conhecer do MS e determinar que o Presidente do SF suprisse a omissão dos líderes partidários do grupo majoritário e designasse os membros da CPI.

3.2.4. Análise crítica da decisão

Preliminarmente, cabe destacar que este precedente significou um novo paradigma³³ da Corte quanto à questão dos atos “*interna corporis*” do Legislativo. Assim, rompeu-se, ao menos em partes, com o modelo de não se fiscalizar certos atos do Legislativo³⁴ por serem “*interna corporis*”, instaurando uma nova fase na jurisprudência do Tribunal.

Nesse contexto, é necessário salientar que a argumentação principal do Ministro Relator foi no sentido de que o ato objeto do MS ia de encontro ao próprio texto constitucional. Desse modo, ter-se-iam feridos direitos das minorias, cuja previsão, em especial, encontra-se no art. 58 da CF/88 – parte principal que o Ministro chamou de “estatuto constitucional das minorias das parlamentares”.

Percebe-se, então, que a abordagem do problema (deve ser feito o controle judicial desse ato do Legislativo?) foi, parcialmente, distinta daquela realizada no MS 21.754 (Precedente da Revisão Constitucional).

Aqui, logrou-se não privilegiar um modelo de separação funcional dos poderes, na medida em que o argumento da doutrina dos atos “*interna corporis*” não foi trabalhado como ponto fundamental. Desse modo, a construção argumentativa de que, no Estado democrático de Direito, todos os poderes se submetem aos princípios e preceitos constitucionais indica uma base distinta de abordagem, em oposição à dos atos “*interna corporis*”, com relação ao controle judicial sobre os atos dos demais poderes.

Essa perspectiva se alinha à interpretação habermasiana da separação dos poderes, vez que, nesse caso, o Ministro acaba por realizar um ato decisório, que pode ser visto, à luz da separação funcional de poderes, como destinado ao Poder Legislativo.

³³ As seguintes decisões foram, total ou parcialmente, influenciadas pelo presente MS: MS 24.845, MS 24.846, MS 24.847, MS 24.848 e MS 24.849.

³⁴ Aqui vale lembrar que o STF, em decisão anterior, já firmou entendimento que a CPI é vinculada ao CN, não sendo aquela nada além da *longa manus* do Congresso e, logo, os atos daquela são, em verdade, deste (MS 23.452).

Assim, o que diferencia, essencialmente, o ato do Presidente do SF (de indicar os demais membros da CPI) e o do Ministro Celso de Mello (de determinar que o Presidente do SF os indicasse, o que teria o mesmo resultado imediato) é o discurso empregado por cada um.

Nessa linha, o Ministro Relator, para determinar que o Presidente do SF indicasse os demais membros, utilizou-se do princípio da Supremacia da Constituição, no Estado democrático de Direito, e do direito das minorias para construir seu discurso. Por seu turno, o Presidente do SF, para indicar, voluntariamente, os demais membros, provavelmente se utilizaria da importância de fiscalização do fato, ante sua gravidade, ou do nível de credibilidade do SF perante à opinião pública para construir seu discurso.

Observa-se, então, que, no presente caso, realizou-se uma abordagem mais próxima da interpretação habermasiana (que, como já observado, entende-se ser mais adequada) do princípio da separação dos poderes e sua implicação ao controle judicial dos atos legislativos.

Contudo, com o intuito de impedir que, a fundamentação de se cuidar de atos “*interna corporis*” fosse levantado pelos demais Ministros (assim como fizera o SF nas informações), o Ministro Celso de Mello, como argumento de reforço, também fez a abordagem pela separação funcional dos poderes, mas sustentou que estes não poderiam preponderar, pois havia lesão a direitos subjetivos públicos. Nessa linha, ele defendeu que a doutrina dos atos “*interna corporis*” não poderia erigida quando houvesse violação a direitos.

Então, afirmou o Ministro que houve lesão aos direitos das minorias, na medida em que, o escopo da norma constitucional seria o de possibilitar a criação de CPI com o simples requerimento de apenas 1/3 dos membros, e não da maioria absoluta da Casa Parlamentar. Daí se verificaria claramente a proteção da norma constitucional às minorias, ensejando verdadeiros direitos a elas, de sorte que ao serem violados, estar-se-ia ferindo os direitos subjetivos públicos dos parlamentares.

Nesse contexto, não se pode prescindir de destacar a relevância especial dos direitos das minorias e de sua concretização. Desse modo, em um Estado democrático de Direito, a idéia basilar, centrada nos direitos e na Supremacia da Constituição, conduz ao entendimento de que todos devem ter seus direitos garantidos, não podendo a maioria lesar tais direitos da minoria. Nessa linha, vale salientar a oposição entre democracia constitucional (relacionada ao Estado democrático de Direito) e democracia majoritária, nas palavras de Dworkin:

Vou defender agora uma explicação – que chamo de concepção constitucional da democracia – que efetivamente rejeita a premissa majoritária. Segundo essa explicação, o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais não é nem meta nem definição da democracia. O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito.

(...) (a democracia constitucional então) não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia; e não aceita que essas exceções sejam causa de arrependimento moral³⁵.

Ademais, as minorias exercem o relevante papel de oposição institucional, em uma democracia constitucional, conforme leciona Geraldo Ataliba:

(à minoria cabe) formular propostas alternativas às idéias e ações do governo e da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se à opinião pública como alternativa³⁶.

Portanto, todo o exposto demonstra a importância das minorias em uma democracia constitucional e em um Estado democrático de Direito, bem como a relevância da Corte em seu papel contramajoritário.

Além dessas considerações, o Ministro chamou a atenção para o fato de que a CF/88 teve consagrado, em seu texto, o *judicial review*, a fim de que o STF assumisse o papel da encarnação viva da Constituição. Nessa perspectiva, cumpre destacar que, de fato, o papel da Corte foi redimensionado e revigorado com o advento da CF/88, tendo, assim, mais participação e influência na vida do país e maior possibilidade de controle sobre os poderes. Nesse sentido:

A discussão na Constituinte sobre a instituição de uma Corte Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade, acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, bem como adquirisse novas e significativas atribuições.

A nova Constituição ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação ao controle abstrato de normas e ao controle da omissão do legislador³⁷.

³⁵ DWORKIN, 2006, p. 26.

³⁶ ATALIBA, Geraldo, 1987, p. 189-194.

³⁷ MENDES, Gilmar, 1996, p.38.

Portanto, as ponderações do Ministro Relator foram adequadas, na medida em que, à luz da teoria discursiva e da idéia de democracia constitucional e de Supremacia da Constituição, não pode o STF negar a tutela dos direitos fundamentais. Entende-se que o escopo da CF/88, quanto à atuação do STF, é no sentido de que esse tenha, de fato, um papel mais ativo e participativo, perante às instituições e aos cidadãos, devendo promover a concretização dos direitos, quando instado judicialmente.

Nesse contexto, a abordagem principal do problema sob uma ótica mais próxima da interpretação habermasiana da separação dos poderes, bem como a exaltação do papel da Corte em garantir direitos, com fundamento no *judicial review*, aparentam ser ponderações apropriadas que conduziram a uma decisão acertada.

Assim, todos os demais Ministros seguiram o voto do Ministro Celso de Mello, salvo o Ministro Eros Grau. Nessa situação, há um ponto destacado pelo Ministro Eros Grau de maior relevância para o problema. Dentre outros aspectos, o Ministro alegou que essa questão era política e, portanto, não cabia interferência do Judiciário.

Nessa linha, problematizando-se o debate, é adequado falar em controle político, em detrimento de jurídico, pelo Judiciário no presente caso?

A análise de tal questão não pode prescindir de um dos assuntos centrais, no atual debate jurídico, a saber: o ativismo judicial. Então, indaga-se o que viria a ser o ativismo judicial e quais são os aspectos positivos e negativos deste.

Desse modo, explica a professora Gisele Cittadino:

Se observarmos o que se passa no âmbito da justiça constitucional, seja nos países europeus – Alemanha França, Itália, Portugal, Espanha – seja, nos Estados Unidos, seja em muitas das jovens democracias latino-americanas, é possível observar como uma forte pressão e mobilização política da sociedade está na origem da expansão do poder dos tribunais ou daquilo que se designa como “ativismo judicial”³⁸.

Observa-se, portanto, que o ativismo judicial é a expansão do poder dos tribunais. Ainda, entende a professora que este alargamento é resultado de mobilização e de pressão da sociedade, vez que, nos contextos históricos anteriores³⁹, havia regimes autoritários em que o Judiciário não exercia muito influência na vida pública. Daí, quando se fala em ativismo judicial está a se falar em uma nova concepção de Judiciário, donde este tenha mais influência, de algum modo, na vida pública.

³⁸ CITTADINO, Gisele, 2003, p.17.

³⁹ CITTADINO, Gisele, 2003, p. 17.

A idéia de ativismo judicial, na concepção explicitada pela professora Cittadino, é para muitos autores a “judicialização da política”, isto é, a política pautada por critérios jurídicos (CITTADINO, 2003, p. 18). Nesse sentido, a professora sustenta que não se deve confundir política com direito, sob pena de ser um risco para qualquer sociedade democrática, (CITTADINO, 2003, p. 18) e alega que o risco dessa maior atuação do Judiciário decorreria da possibilidade de este poder realizar uma leitura moral ou paternalista da Constituição, pois aí se ascenderia à condição de mais alta instância moral da sociedade e escaparia de qualquer mecanismo de controle social (CITTADINO, 2008, p. 19-20).

Simultaneamente, a professora Cittadino compreende que o Judiciário vive, de fato, um momento de expansão do seu papel na busca pela concretização dos direitos. Então, segundo ela, haveria espaço para a “judicialização da política”, desde que o Judiciário não adotasse comportamento paternalista ou moral da leitura da Constituição. Assim, a professora defende que, a manifestação adequada da “judicialização da política” é aquela em decorrência da pressão popular e mobilização política, por meio de mecanismos processuais, que se fizer sobre os tribunais, sendo essa responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa (CITTADINO, 2003, p. 39).

Portanto, depreende-se, pela interpretação de Cittadino, que a “judicialização da política” compreende virtudes e vícios, cabendo ao Judiciário perseguir a atuação virtuosa.

Nesse contexto, partindo da premissa de que, no caso em análise, o STF agiu nos parâmetros da “judicialização da política”, à luz das considerações da professora, deve-se examinar se a Corte sucumbiu ao aspecto negativo da “judicialização da política”. Isto é, se atuou de modo paternalista ou moral.

Nessa perspectiva, o STF reconheceu que se tratava de questão, direta e eminentemente, constitucional, haja vista os critérios para se criar uma CPI estarem taxativamente definidos na CF/88. Logo, entendeu-se se tratar de direitos das minoras (1/3 dos parlamentares ser suficiente para apresentar o requerimento de criação de CPI), com toda a fundamentação e relevância desses em um Estado democrático de Direito. Decidiu-se, então, por determinar que o Presidente do SF indicasse, com base na aplicação analógica do RCCN ou do RICD, os demais membros para compor a CPI, em face à omissão dos líderes partidários.

Ora, o STF, após debates entre os Ministros, restringiu-se ao pedido formulado pelo Impetrante e o fez com base em uma única razão (que fora explícita): não quis se

exceder no seu provimento, pois se determinasse, para além do que fora postulado, o pleno funcionamento da CPI, ter-se-ia de acompanhar e fiscalizar cada ato da CPI, a fim de que sua decisão fosse realmente cumprida.

Caso essa hipótese tivesse acontecido, a Corte estaria conduzindo a CPI, substituindo-se ao Parlamento, independentemente de provocação para tanto (eis que o pedido não fora para tanto, mesmo que fosse não seria possível nem devido) e, de modo constante, e não pontual para sanar algum vício ou reestabelecer um direito violado, o que não seria adequado, na medida em que seria uma ação seria paternalista (no sentido de cuidar das minorias em cada passo e em âmbito que não é o do STF) ou seria uma ação de leitura moral (já que, com essa atuação, estaria comunicando que é mais idôneo, de modo geral, para conduzir um processo destinado a poder). Caso prevalecesse este entendimento, o Tribunal excederia os seus próprios limites constitucionais, lesando a Supremacia da Constituição, à qual, como já desenvolvido, todos devem se submeter.

Portanto, buscou a Corte garantir e concretizar o direito das minorias, com abordagem e fundamentos adequados, dentro dos seus limites de atuação, evitando-se conduzir o funcionamento da CPI.

Nessa situação, cumpre destacar alguns pontos da decisão paradigmática: (i) tutelou as prerrogativas parlamentares das minorias como expressão do postulado democrático; (ii) rompeu a imunidade das normas regimentais e de sua interpretação/aplicação, na medida em que determinou ao Presidente do SF a aplicação analógica do RCCN ou RICD ao RISF; (iii) adotou a integração do ordenamento parlamentar, em face da Supremacia da Constituição e do Estado democrático de Direito; (iv) conformou o dever jurídico-institucional do Presidente do SF para praticar ato que viabiliza a prerrogativa constitucional, ou seja, a interpretação/ aplicação de normas regimentais não é atividade livre, mas sim, somente se exerce segundo a Constituição; e (v) agregou ao argumento de direito subjetivo público o reconhecimento de um “estatuto constitucional das minorias parlamentares”⁴⁰.

Ante tudo o que foi dito, e considerando que a abordagem parcial da doutrina dos atos “*interna corporis*” teve caráter de reforço e preventivo, conclui-se que a presente decisão do STF foi acertada tanto em seus fundamentos, quanto em seu dispositivo⁴¹.

⁴⁰ MACEDO, Cristine Branco, 2007, p. 155-157.

⁴¹ Apesar de se entender ser possível o controle judicial das normas regimentais, independentemente de lesão a direitos – conforme argumentado no MS 21.754 (Precedente da Revisão Constitucional) –, deve-

3.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029 – O Caso das Comissões Mistas na Análise das Medidas Provisórias⁴²

3.3.1. Resumo do caso⁴³

Este precedente cuida de ADI proposta pela Associação Nacional do IBAMA⁴⁴ (ASIBAMA), em face de Lei Federal 11.516/07, que dispôs sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio).

A referida lei, fruto da Medida Provisória (MP) 366, teve por objetivo criar novo órgão (ICMBio), encarregado de conferir maior celeridade aos procedimentos de licenciamento ambiental.

Alegou o proponente, no campo da inconstitucionalidade formal, que: (i) a Medida Provisória que deu origem à Lei objurgada não foi examinada pela Comissão Mista de Deputados e Senadores de que trata o art. 62, § 9º, da CF/88; e (ii) a referida Medida Provisória não atendeu aos requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62, *caput*, da Carta Magna. (ADI-MC 1.717/DF e ADI-MC 2.213/DF).

Já na seara da inconstitucionalidade material, sustentou o proponente que o diploma aludido violou: (i) o art. 225, *caput* e § 1º, da CF/88, porquanto a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade enfraquece a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fragmentando a gestão ambiental integrada e fracionando e reduzindo o órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA); (ii) o princípio da proporcionalidade, na medida em que desnecessária a criação de uma nova autarquia enquanto já existente outro ente, o IBAMA, que realizava idênticas atribuições; (iii) o princípio da eficiência, pois a criação do ICMBio

se ressaltar que a análise das disposições regimentais de cada caso vai além dos objetivos propostos nesse estudo. Assim, para fins da presente investigação, (i) a constatação de que a Corte não admite, por si só, o controle de normas regimentais e (ii) a defesa de que tais normas deveriam, em razão de darem, dentre outros fatores, legitimidade às demais normas, já atingem a finalidade de se avaliar criticamente, quanto a esse aspecto, a jurisprudência do STF. Portanto, a análise de que a decisão foi, apenas em partes, acertada, decorre, dentre os motivos já expostos no corpo do texto, também do fato de o Tribunal não ter utilizado as disposições regimentais como parâmetro a integrar o bloco de constitucionalidade, o que poderia conferir uma decisão distinta – e mais adequada – da proferida.

⁴² Relator: Ministro Luiz Fux

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Julgamento: 08/03/2012

Partes

Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA - ASIBAMA NACIONAL

Intimados: PRESIDENTE DA REPÚBLICA e CONGRESSO NACIONAL

⁴³ Ao longo desse estudo, este caso será intitulado como “Precedente da Comissão Mista”, bem como será feita, simultaneamente, referência a sua classe e a seu número.

⁴⁴ IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis.

resultou em aumento de gasto público, sem a contrapartida de melhoria na proteção ambiental.

O Senado Federal, em informações, suscitou a ilegitimidade ativa *ad causam* da entidade postulante, por reunir apenas parte da categoria dos servidores públicos civis. Ainda preliminarmente, requereu o não conhecimento da Ação Direta, pois o proponente pretendia a análise de uma Portaria Conjunta, o que é vedado na via eleita. Quanto à alegada inobservância do art. 62, § 9º, da Lei Maior, citou decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI 3.289, na qual o relator, Ministro Gilmar Mendes, teria assentado que a não constituição da Comissão Mista não determina a inconstitucionalidade do diploma. No que atine aos requisitos de relevância e urgência, defendeu a prejudicialidade dessa questão, em virtude da conversão da Medida Provisória em Lei, a pressupor que o Congresso Nacional exerceu a sua atribuição constante do art. 62, § 5º, da CF/88. Por fim, na seara material, argumentou que a alegação de enfraquecimento da proteção ao meio ambiente só seria aferível mediante dilação probatória, para que se comprove mediante estudos, gráficos e planilhas, além de negar a afronta à proporcionalidade.

O então Ministro Relator Eros Grau negou seguimento a ADI por compreender pela ilegitimidade ativa, vez que a Requerente não seria entidade de classe de âmbito nacional. Todavia, após a interposição de recurso, o Ministro reconsiderou a decisão.

Com a aposentadoria do Ministro, a relatoria da presente ADI foi transferida para o Ministro Luiz Fux.

3.3.2. Voto do Ministro Relator Luiz Fux

Inicialmente, o Ministro reconheceu a legitimidade ativa *ad causam* da Requerente.

A partir daí, procurou afirmar que o parecer sobre a MP proferido pela Comissão Mista seria necessário, imprescindível e decorria da própria CF/88. Ademais, não se poderia haver dispensabilidade daquele, como seria possível no direito argentino.

Alertou que o papel da Comissão seria o de promover uma reflexão mais detida acerca da MP, representando, dessa forma, que o Legislativo fosse efetivamente o fiscal do exercício da *função atípica* legiferante pelo Executivo. O parecer do Relator da

Comissão Mista, previsto nos arts. 5º, caput, e 6º, caput, §º1 e §2º, do RCCN⁴⁵, não teria o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte, disposto no art. 62, §9º, da CF/88. Portanto, tal regulação contrariaria a norma constitucional, não sendo uma regulação legítima da Constituição.

Desse modo, sustentou que tal prática – a emissão de parecer pelo Relator, e não pela Comissão Mista (prescrita no RCCN) –, além de violar o regular trâmite das MP's, seria ofensiva à democracia e ao princípio da separação de poderes, pois poderia se aprovar um parecer sem a participação efetiva dos Representantes do povo, bastando apenas, em hipótese, a participação de parlamentar, em geral, vinculado ao governo e pertencente ao do grupo majoritário.

Ressaltou ainda que a Comissão Mista, assim como as demais comissões do Parlamento, deveria ser constituída com base, sempre que possível, no princípio da proporcionalidade partidária e que aquela, ao menos em teoria, seria um modo de fazer prevalecer a vontade do Parlamento e, com efeito, a vontade do povo.

Então, quando não fosse proferido o Parecer da Comissão Mista, competiria ao Judiciário fazer o devido controle sobre os atos, bem como sobre as normas em conflito com a Constituição.

Em seguida, o Ministro rechaçou o precedente levantado pelo SF (ADI 3.289, julgada em 05/05/2005, no qual a norma constitucional do art. 62, §9º, da CF/88 fora matizada.). Nessa linha, evidenciou que tal decisão teve base circunstancial, em razão do pouco tempo transcorrido desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 32/01, que regulou as Medidas Provisórias, até o julgamento da ADI citada pelo SF. Ao passo que, no presente caso, não mais se sustentariam os fundamentos circunstanciais por já se

⁴⁵ REGIMENTO COMUM DO CONGRESSO NACIONAL - Art. 5º A Comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucional, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e sobre o cumprimento da exigência prevista no § 1º do art. 2º.

(...)

Art. 6º A Câmara dos Deputados fará publicar em avulsos e no Diário da Câmara dos Deputados o parecer da Comissão Mista e, a seguir, dispensado o interstício de publicação, a Medida Provisória será examinada por aquela Casa, que, para concluir os seus trabalhos, terá até o 28º (vigésimo oitavo) dia de vigência da Medida Provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União.

§ 1º Esgotado o prazo previsto no caput do art. 5º, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória.

§ 2º Na hipótese do § 1º, a Comissão Mista, se for o caso, proferirá, pelo Relator ou Relator Revisor designados, o parecer no Plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso prazo até a sessão ordinária seguinte.

ter passado tempo suficiente (uma década desde a promulgação da EC 32/02) para a devida observância do texto constitucional pelo Parlamento.

Feitas essas considerações, o Ministro discorreu sobre os requisitos de urgência e relevância das MP's. Segundo afirmou, a fiscalização pelo Judiciário de tais requisitos contribui para a manutenção da democracia e do princípio da separação dos poderes, pois, assim, impedir-se-ia que o Legislativo se tornasse uma mera extensão do Executivo. Nessa perspectiva, o abuso de edição das MP's, inclusive quanto à urgência e à relevância, causaria efeitos negativos na ordem social e na dinâmica decisória das Casas Parlamentares.

Ainda sobre tais requisitos, o Ministro realizou cotejo entre o sistema parlamentarista e o presidencialista, defendendo que, no primeiro, o mecanismo das MP's seria, de modo geral, conveniente, vez que, para o gabinete se manter, seria necessária a aprovação das MP's, enquanto que, no segundo, não.

Citou, então, uma série de precedentes⁴⁶, em que se vislumbrou ser possível o controle de tais requisitos pelo Judiciário. Além disso, pelo fato de as competências transferidas do IBAMA ao ICMBio, quando da criação deste último, terem sido imediatamente devolvidas, após a criação, ao IBAMA, entendeu não estar presente, na espécie, o requisito de urgência da MP.

Afastou também a pretendida perda superveniente de objeto levantada pelo SF, em virtude de a MP em questão já ter sido convertida em Lei. Assim, o Ministro apresentou um conjunto de precedentes do próprio STF em sentido oposto ao argumentado pelo SF, refutando tal entendimento.

No mérito, alegou que não havia inconstitucionalidade, pois não teria havido vulnerabilidade do SISNAMA e não teriam sido violados o princípio da proporcionalidade e o da eficácia. Ademais, a criação do ICMBio seria ato de política pública, cujo espaço adequado não seria o Judiciário por lhe faltar conhecimento específico para tanto.

Todavia, admitiu o Ministro que, caso declarasse a inconstitucionalidade formal, com efeitos *ex tunc*, da Lei que criou o ICMBio, poderia provocar consequências nocivas danosas à sociedade. Isto porque, primeiro, o direito fundamental de proteção ao meio ambiente restaria desatendido, na medida em que os atos administrativos de uma entidade ambiental, cuja existência remonta a 2007,

⁴⁶ ADI 1.910; ADI 1.647; ADI 2.736; e ADI 1.753.

poderiam ser questionados. E, segundo, todas as Leis que foram aprovadas sem a observância do parecer da Comissão Mista, e não o do Relator apenas, também poderiam ter suas constitucionalidades questionadas⁴⁷.

Portanto, com base no exposto e com o fundamento de segurança jurídica, o Ministro houve por bem declarar a inconstitucionalidade incidental dos arts. 5º, caput, e 6º, caput, §º1 e §2º, da Resolução n. 01 de 2002 (RCCN) do CN. Ademais, modulou os efeitos da decisão – excluindo as MP's já convertidas em Lei (inclusive a da Lei-objeto da presente ADI), bem como as em trâmite, à época do julgamento, dos efeitos da decisão – para que apenas às MPs futuras fosse observado estritamente o rito prescrito no art. 66, §9º, da CF/88; efeitos *ex nunc*. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material, o Ministro julgou improcedente, eis que o novo órgão de proteção ambiental não teria enfraquecido o sistema, ao contrário, teria permitido um melhor controle.

3.3.3. Percepção da Corte

Os Ministros⁴⁸, de modo geral, acompanharam a decisão Ministro Relator, mas se deve destacar dois pontos mais debatidos por eles, a saber: (i) a possibilidade ou não de controle do requisito de urgência das MPs; e (ii) a violação do processo legislativo por haver parecer do relator da Comissão Mista, e não da própria Comissão.

Quanto ao ponto (i), os Ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski sustentaram que, em se cuidando de matéria ambiental, sempre haveria urgência. Assim, fizeram, ainda que de modo implícito, o controle daqueles. Logo, se opuseram, na espécie, ao Ministro Relator nesse aspecto.

Por seu turno, o Ministro Gilmar Mendes defendeu que tais requisitos estariam associados a elementos de política, no sentido exato do termo, o que impossibilitaria, pelo menos em princípio, o controle jurídico-constitucional. Portanto, também se opôs, em tese, ao Ministro Relator nesse ponto.

Já o Ministro Marco Aurélio sustentou que os citados requisitos seriam conceitos abertos, mas institutos constitucionais, logo, depreende-se que se manifestou

⁴⁷ MS 31.816, 2013, p.41 (versão eletrônica) – nunca se aprovou uma MP com parecer da Comissão Mista, mas apenas com o do relator.

⁴⁸ A Corte era composta pelos Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ayres Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli (impedido) e Joaquim Barbosa (ausente).

no sentido de possibilidade de controle judicial daqueles. Contudo, no caso em comento, se opôs ao Ministro Relator ao afirmar aparentar a existência dos requisitos.

Por último, o Ministro Presidente Cezar Peluso, concordou com o Ministro Relator ao afirmar que, na espécie, não teria havido urgência (donde se infere que aquele entende ser possível o controle).

No que diz respeito ao ponto (ii), os Ministros Gilmar Mendes, Ayres Britto, Cármen Lúcia e Marco Aurélio seguiram o Ministro Relator, exaltando a importância do art. 62, §9º, da CF/88⁴⁹.

Por sua vez, os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso discordaram do Ministro Relator. O primeiro se baseou em três fundamentos: (i) a Comissão Mista teria, invariavelmente, de dar uma resposta e o parecer do relator foi uma alternativa encontrada; (ii) o RCCN, ao dispor sobre o tema, teria impedido que fosse violada a metodologia constitucional, tratando-se de ato “*interna corporis*” imune ao Judiciário; e (iii) preocupação com questões de ordem prática, pois o mundo vive uma crise econômica e se fazem necessárias, então, respostas céleres, sendo as MP’s (e os trâmites simplificados no CN) uma dessas respostas.

Já o Ministro Cezar Peluso fundamentou, de modo sucinto, que o RCCN não teria ido de encontro à Constituição, mas apenas regulado legitimamente a mesma, vez que estabeleceu prazo de 14 dias para ser proferido o parecer da Comissão Mista e, somente em caso de omissão, seria válido o parecer do Relator em substituição ao daquela.

Ante esse contexto, decidiu o Plenário, nos termos do Ministro Relator, à exceção da questão dos requisitos de urgência e relevância que foram compreendidos como existentes, para declarar a inconstitucionalidade incidental dos arts. 5º, caput, e 6º, caput, §º1 e §2, do RCCN, com modulação de efeitos *ex nunc* (aplicáveis somente às MPs futuras)⁵⁰.

3.3.4. Análise crítica da decisão

⁴⁹ Importante ressaltar que os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia chamaram a atenção para o fato de as MP’s, em razão de sua urgência, e muitas vezes votação apressada, estarem sendo utilizadas para se inserir dispositivos estranhos aos textos das mesmas sem que a maioria dos parlamentares se atine, ou combata essa medida. Tal artifício se equipararia às chamadas “caudas orçamentárias”, cuja utilização se deu em considerável escala, quando da inexistência de veto parcial no sistema de governo brasileiro.

⁵⁰ Vencidos o Ministro Marco Aurélio que julgou a ADI totalmente procedente e o Ministro Ricardo Lewandowski que julgou a ADI totalmente improcedente.

Inicialmente, deve-ser evidenciar a questão da legitimidade ativa para a propositura da presente ADI. Assim, o antigo Relator, Ministro Eros Grau, entendeu não se tratar de entidade de classe de âmbito nacional e depois reconsiderou. O novo Relator, Ministro Luiz Fux, sustentou que o autor era, de fato, legitimado ativo.

A perspectiva do Ministro Fux fundamentou-se, essencialmente, no fato de que a nova ordem constitucional brasileira buscou ampliar o rol de legitimados ativos, nas ações do controle abstrato, a fim de se proporcionar maior democratização do acesso à Corte. Desse modo, o escopo da norma constitucional é o de que o conceito de entidade de classe de âmbito nacional fosse interpretado extensivamente.

Nessa linha, parece que agiu bem o Ministro, haja vista a questão de fundo, na ampliação do rol dos legitimados ativos, realmente contribuiu para verdadeira transformação na jurisdição constitucional, auxiliando na compreensão de um papel institucional mais ativo do STF (como já discorrido, em partes, no MS 24.831 – Precedente da CPI dos Bingos). Nesse sentido:

Merece registro, pela singular importância institucional de que se reveste, a radical mudança operada pela Carta de 1988 em nosso modelo de controle concentrado de constitucionalidade, a tal ponto inovadora e fecunda que, sem nenhum favor, pode-se dizer que possuímos, hoje, um sistema de defesa da Constituição tão completo e tão bem estruturado que, no particular, nada fica a dever aos mais avançados ordenamentos jurídicos da atualidade. (...)

A nova Constituição ampliou o rol dos agentes legitimados a tomar essa iniciativa [propor ações do controle abstrato de constitucionalidade]⁵¹.

Além dessas considerações, há de se reconhecer também que os novos conhecimentos da teoria da interpretação engendram a perspectiva de que interpretação é um processo aberto e, assim, perde-se o poder de expressão da estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação, não há que se falar, pois, em passiva submissão nem se confunde com a submissão de uma ordem⁵².

Portanto, em face das atuais jurisdição constitucional e teoria da interpretação, busca-se estabelecer um papel mais ativo do STF, sendo a ampliação do rol de legitimados um dos mecanismos existentes para se promover tal papel, pois viabiliza, pelos meios processuais, a atuação mais ativa da Corte, nos moldes propostos por Cittadino (CITTADINO, 2003, p.39). Assim, a extensão do conceito de legitimados ativos se revela adequada, no atual cenário.

⁵¹ INOCÊNCIO COELHO, 2009, p. 208.

⁵² HÄBERLE, Peter, 1997, p. 30-33.

No caso concreto, a entidade era a única representativa de servidores do IBAMA distribuídos por todo o território nacional; logo, em face do escopo de democratização do controle abstrato (e da jurisdição constitucional) perpetrado na CF/88, deve-se considerar tal entidade como representativa de classe e de âmbito nacional. Entende-se, então, adequada a conclusão de que detinha legitimidade ativa para tanto.

Apesar de o Ministro Relator ter tratado bem da questão da legitimidade ativa, ele teve uma abordagem inicial do problema com base na superada interpretação da separação funcional dos poderes. Isto porque, muito embora não tenha se valido da doutrina dos atos “*interna corporis*”, o Ministro Luiz Fux argumentou que o objetivo pretendido pela norma constitucional, na formação da Comissão Mista, detinha, como razão de fundo, a exigência de maior reflexão, por parte do Parlamento, de ato realizado pelo Poder Executivo, no exercício de sua *função atípica*.

Conforme já desenvolvido no MS 21.754 (Precedente da Revisão Constitucional) e no MS 24.831 (Precedente da CPI dos Bingos), esta abordagem não enseja a adequada distinção entre a atuação e o papel dos poderes e, assim, não auxilia na percepção de ser possível, ou não, haver controle judicial de atos do Poder Legislativo.

Com base na teoria habermasiana, seria mais apropriado entender que a exigência de constituição de Comissão Parlamentar é decorrente da tentativa de melhor se promover, por meio de um procedimento, o debate argumentativo da MP, com participação mais ampla dos legisladores. Assim, a idéia de formação da referida Comissão, nessa ótica, é a de possibilitar o desenvolvimento do discurso legislativo, o qual é associado à negociação de interesses (Habermas, 1997, P. 213), que envolve, por seu turno, a participação de um certo número de parlamentares. Portanto, a idéia de se falar em funções típicas e atípicas dos poderes não traduz a interpretação mais adequada dos objetivos da citada norma constitucional, enquanto que a teoria discursiva de Habermas permite um melhor olhar sobre a questão.

A despeito dessa abordagem inicial não apropriada, o Ministro Relator entendeu que a questão era essencialmente constitucional, pois a exigência disposta na Carta Magna não permitia exceções e, desse modo, vislumbrou ser possível o controle judicial, na medida em que poderiam haver lesões a dispositivos da CF/88.

Nessa linha, essa parte do processo legislativo das MP's não poderia ser regulada no sentido de se evitar a avaliação pela Comissão. Daí se depreende que

hipotéticas regulamentações, as quais não excluíssem o trabalho da Comissão, seriam válidas. Então, o Ministro se voltou não contra a possibilidade de regulamentação em si, mas contra a regulamentação que autorizava a ausência de elaboração de parecer pela própria Comissão Mista (como era o caso do parecer do relator).

Nesse contexto, observa-se que, em razão da participação proeminente do relator, há quem sustente um novo modelo de Comissão Mista a fim de fortalecer a atuação da mesma. Assim, seria mais apropriada “a criação de uma única Comissão Mista, que poderia contar com o apoio das comissões permanentes tematicamente especializadas, ao invés de ter várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), como ocorre no modelo atual”⁵³. Tal modelo tem o mérito de resgatar a força a Comissão e a viabilidade do processo legislativo, de sorte a cumprir, mais apropriadamente, a CF/88.

Então, de fato, a compreensão do Ministro parece ser adequada ao exigir a formação da Comissão, bem como melhor atende ao que se espera de um discurso legislativo inserido em um procedimento, cuja ampla participação parlamentar é um dos seus aspectos essenciais.

Desse modo, a ausência de parecer da Comissão Mista seria uma violação ao processo legislativo e, com efeito, diretamente à Constituição, caso prevalecesse a regulamentação feita pelo CN, como bem ponderou o Ministro.

Ainda, sustentou, rasamente, o Ministro que tal regulamentação possibilitaria que se afetasse o direito das minorias, na medida em que poderia ser parlamentar da maioria, inúmeras vezes ou mesmo sempre, o relator da Comissão Mista. Tal compreensão também parece fundamentada, pois coloca em evidência, de modo geral, os direitos – foco da CF/88 e que vinham sendo destacados desde o MS 21.754 (Precedente da Revisão Constitucional). Assim, como já frisado, a defesa de direitos é parte essencial e fundamental da ordem constitucional instaurada pelo CF/88⁵⁴.

Além disso, não se trata de qualquer direito, mas sim do direito das minorias com todas as suas implicações e relevâncias para o Estado democrático de Direito (conforme já explicitado no MS 24.831). Percebe-se, assim, que esse trecho da decisão do Ministro, para afirmar ser possível a fiscalização judicial, nesse caso, tem reflexos do paradigmático Precedente da CPI dos Bingos (MS 24.831), no qual se desenvolveu bastante tal questão, chegando-se à conclusão que o direito das minorias é um dos

⁵³ OLIVEIRA, Veru Lúcia Leopoldino, 2007, p. 293.

⁵⁴ COELHO, Inocêncio, 2009, p. 201-205.

pilares do Estado democrático de Direito, adotado pela nossa CF/88. Logo, a consideração do Ministro, mesmo que pouco desenvolvida, foi acertada.

Em relação à regulamentação do processo legislativo constitucional, os Ministros não cuidaram da questão dos direitos, mas somente dos aspectos do trâmite procedimental.

Assim, na parte do referido trâmite, apenas os Ministros Lewandowski e Cezar Peluso discordaram do Ministro Relator. O primeiro se valeu de argumentos de ordem pragmática, no sentido de evitar a paralisia do CN e de este possuir instrumentos adequados a dar uma resposta célere quando instado, em virtude do atual cenário político-econômico⁵⁵.

Ora, embora a preocupação do Ministro possui certa razão, pois não se pode imaginar o CN tolhido de dispor de mecanismos bastantes para a superação de eventual paralisia, em especial em situações emergenciais e críticas, deve-se reconhecer que o CN nunca cumpriu a CF/88⁵⁶. Assim, o que deveria ser exceção – o parecer do relator – virou regra. Infere-se, então, que a regulamentação realizada pelo CN, de fato, proporcionou terreno fértil para a violação do texto constitucional.

Portanto, entende-se a preocupação do Ministro Lewandowski, mas não se percebe a citada regulamentação, em virtude do escopo da norma constitucional e do resultado empírico verificado, como ferramenta que compatibilize o texto constitucional com a possibilidade de superação de paralisia institucional em situações de emergência. Em contrapartida, existem, como já apontado, outras possíveis regulamentações, as quais convergiriam o escopo da norma constitucional com a resposta parlamentar mais célere.

Por seu turno, o Ministro Cezar Peluso sustentou que a regulamentação era válida, pois apenas no prazo de 14 dias, sem parecer da Comissão Mista, este poderia ser substituído pelo do Relator. Nessa linha, pelos mesmos motivos apresentados contra os argumentos do Ministro Lewandowski, compreende-se que tal entendimento não tem um fundamento consistente.

Quanto ao controle dos requisitos de urgência e relevância das MP's, os Ministros enfocaram a possibilidade do controle judicial direto deles, isto é, apreciaram se havia, diretamente, urgência e relevância. Não debateram se poderiam impelir o

⁵⁵ Crise econômica mundial.

⁵⁶ MS 31.816, P. 41 (versão eletrônica).

Parlamento a examiná-los. Portanto, a ênfase dada não se insere no tema dessa investigação.

Contudo, cabe a ressalva de que o Ministro Relator entendeu que a fiscalização pelo Judiciário de tais requisitos contribuiria para a manutenção da democracia e do princípio da separação dos poderes, pois, assim, impedir-se-ia que o Legislativo ser tornasse uma mera extensão do Executivo.

Diante dessa afirmação, critica-se o raciocínio do Ministro, o qual inclusive é similar ao de outros Ministros⁵⁷. Nesse sentido, o Ministro Fux compreende que o Legislativo é, muitas vezes, dominado pelo Executivo (sem aqui entrar especificamente nesse mérito, isto é, se tal fato ocorre, ou não), convém admitir que a conclusão abstrata, de que o Judiciário, ao controlar tais requisitos, estaria contribuindo para a separação dos poderes e para a democracia, é indevida.

Ora, subtende-se que o Ministro adota um tom paternalista e moral da atuação do Judiciário, como se o Legislativo fosse incapaz de solucionar seus próprios problemas (sem adentrar, novamente, no mérito se isso acontece, ou não) e de que o Judiciário se apresentaria acima de qualquer suspeita como poder legítimo para retificar tal situação. Nessa linha, o Ministro formula, de modo abstrato, um perigoso raciocínio, na medida em que coloca a Corte em uma posição de censora moral dos demais poderes e promotora do equilíbrio da separação dos poderes e da democracia, ao invés de desenvolver, no caso concreto, se o controle sobre tais requisitos poderia ser feito, ou não, à luz da CF/88.

Assim, percebe-se que, a partir desse raciocínio, é possível atingir o vício da “judicialização da política”, conforme observado pela professora Cittadino, o que exigiria um trabalho de profeta por parte dos juízes, já havendo aqueles que denominem tal fenômeno de teologia constitucional (CITTADINO, 2003, p. 19-20).

Pelo exposto, rechaça-se a perspectiva genérica do Ministro Fux de que a fiscalização de tais requisitos pelo Judiciário representaria, necessariamente, uma proteção à democracia e ao equilíbrio dos poderes.

Por fim, a parte dispositiva da Corte não foi no sentido de se declarar a inconstitucionalidade, em tese, da referida Lei 11.516 (oriunda da MP 366), mas sim, no

57

Disponível

em:

http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2013/05/20/interna_politica,366948/barbosa-congresso-e-dominado-pelo-executivo-e-partidos-sao-de-mentirinha.shtml. Acesso: 04/07/2013.

de declarar a inconstitucionalidade concreta dos dispositivos do RCCN que violavam o processo legislativo constitucional.

Com isso se compatibilizou o fato de que a Lei 11.516 seria importante para a proteção ambiental, não sendo adequado declará-la inconstitucional, com a declaração da inconstitucionalidade concreta dos dispositivos regimentais, a fim de que não fosse levantado o argumento de que se cuidava de portaria (a qual inseriu dispositivos, no RCCN, possibilitando o parecer exclusivo do relator), que não poderia ser objeto de ADI, por não ser norma primária.

Além disso, ante o fato de que, conforme já mencionado, nunca tinha se observado o art. 62, §9º, da CF/88, corria-se o risco de se engendrar uma elevada insegurança jurídica, na medida em que todas as normas decorrentes de MP's poderiam ser judicialmente questionadas, deu-se, então, efeitos *ex nunc* à decisão, com fulcro no art. 27 da Lei 9.868.

Não se pode prescindir de destacar que, no controle abstrato de constitucionalidade, a decisão da Corte não está adstrita ao pedido, então a causa de pedir é aberta⁵⁸. Assim, é válida a parte dispositiva da decisão que extrapolar os limites do pedido do autor.

Conclui-se, então, que a abordagem feita pelo Ministro Relator, com base na separação funcional dos poderes, não é adequada, bem como o raciocínio condutor à perspectiva de que o Judiciário deve atuar de modo paternalista ou moral.

Quanto à violação do processo legislativo, em razão da regulação inapropriada pelo RCCN, agiu bem a Corte, mas se destaca que o fundamento, para tanto, é relativo ao escopo da CF/ 88, o qual visa e protege uma maior participação parlamentar, logo a Corte não se desenvolveu bem esse aspecto. Ademais, o Tribunal nem tratou, de forma cuidadosa e aprofundada, da possível violação a direito subjetivos público de parlamentares e a direito das minorias parlamentares em participarem do processo legislativo em sua plenitude. Então, o STF não se valeu dos argumentos mais apropriados para compor sua decisão.

A parte dispositiva da Corte, contudo, logrou assegurar a segurança jurídica (por meio da modulação de efeitos a fim de que fossem *ex nunc*), de especial relevância

⁵⁸ Disponível em: https://www.google.com.br/#sclient=psy-ab&q=controle+concreto+causa+de+pedir+aberta&oq=controle+concreto+causa+de+pedir+aberta&gs_l=hp.3...173094.192041.3.193363.57.46.9.1.1.2.658.15190.2-22j17j1j6.46.0...0...1c.1.19.psy-ab.T_21MOgGATI&pbx=1&bav=on.2.or.r_qf.&bvm=bv.48705608.d.eWU&fp=c378fff018a7e3cc&biw=1280&bih=644. Acesso: 01/07/2013.

na espécie, assim como (por meio da declaração incidental de inconstitucionalidade) evitou a arguição do argumento de se tratar de objeto não específico de ADI, bem como manteve a constitucionalidade da Lei 11.516, cuja importância para a proteção ambiental foi reconhecida pelos Ministros⁵⁹.

Portanto, a abordagem do problema e alguns dos fundamentos da Corte não foram, na linha apresentada, os mais adequados, mas a parte dispositiva conseguiu ensejar uma decisão apropriada⁶⁰⁻⁶¹.

3.4. Mandado de Segurança 31.816 – O Caso do Veto Presidencial ao Projeto de Lei dos *Royalties* de Petróleo⁶²

3.4.1. Resumo do caso⁶³

Cuida este precedente de Medida Cautelar no Mandado de Segurança impetrado para que se iniba a pretensão da Mesa do Congresso Nacional de apreciar o Veto 38/2012 (“Veto dos *Royalties*”), aposto pela Presidente da República ao Projeto de Lei 2.565/2011.

O Impetrante alegou que os vetos presidenciais se sujeitam ao art. 66, §4º e §6º, da CF/88 e que seria inconstitucional a deliberação aleatória dos vetos pendentes de análise legislativa, cuja simples existência subtrairia do Legislativo, de acordo com o

⁵⁹ Todos os Ministros acompanharam o Relator, salvo o Ministro Marco Aurélio (que julgou a ação totalmente procedente) e o Ministro Ricardo Lewandowski (que a julgou totalmente improcedente).

⁶⁰ Lembrando que a apreciação direta, pelo Tribunal dos requisitos de urgência e relevância, por não se inserir no tema proposto desse estudo, não foi analisada.

⁶¹ Apesar de se entender ser possível o controle judicial das normas regimentais, independentemente de lesão a direitos – conforme argumentado no MS 21.754 (Precedente da Revisão Constitucional) –, deve-se ressaltar que a análise das disposições regimentais de cada caso vai além dos objetivos propostos nesse estudo. Assim, para fins da presente investigação, (i) a constatação de que a Corte não admite, por si só, o controle de normas regimentais e (ii) a defesa de que tais normas deveriam, em razão de darem, dentre outros fatores, legitimidade às demais normas, já atingem a finalidade de se avaliar criticamente, quanto a esse aspecto, a jurisprudência do STF. Portanto, a análise de que a decisão foi, apenas em partes, acertada, decorre, dentre os motivos já expostos no corpo do texto, também do fato de o Tribunal não ter utilizado as disposições regimentais como parâmetro a integrar o bloco de constitucionalidade, o que poderia conferir uma decisão distinta – e mais adequada – da proferida.

⁶² Relator: Ministro Luiz Fux
Relator para Acórdão: Ministro Teori Zavascki
Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Julgamento: 27/02/2013

Partes

Agravante: MESA DO CONGRESSO NACIONAL

Agravado: ALESSANDRO LUCCIOLA MOLON

Intimados: CONGRESSO NACIONAL e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL.

⁶³ Ao longo desse estudo, este caso será intitulado como “Precedente dos *Royalties*”, bem como será feita, simultaneamente, referência a sua classe e a seu número.

art. 66, §6º, da CF/88, a autonomia para a definição da respectiva pauta política. Assim, far-se-ia necessária a deliberação cronológica dos vetos. Ademais, teriam sido violados dispositivos do RCCN, pois a matéria fora deliberada quando não estava na ordem do dia.

Afirmou, ainda, que seriam cognoscíveis, em sede de MS, as alegações de ofensas aos Regimentos Internos, pois estes seriam normas jurídicas e, desse modo, reclamariam instrumentos jurisdicionais idôneos a resguardar-lhes a efetividade. Nesse sentido, rejeitou o Impetrante a doutrina das questões “*interna corporis*” ante sua manifesta contrariedade ao Estado de Direito e à proteção das minorias parlamentares. E, por fim, argumentou que a leitura do referido veto, em regime de urgência, teria violado disposições regimentais que impediriam a discussão de matéria estranha à ordem do dia e a deliberação do veto sem prévio relatório de Comissão Mista.

Postulou o Impetrante, portanto, que fosse determinado, em sede de cautelar, e, posteriormente, em decisão definitiva, que a Mesa do Congresso se abstivesse de votar o Veto em questão, em face da necessidade da apreciação cronológica.

Nesse contexto, o Ministro Relator, *inaudita altera pars*, concedeu, monocraticamente, a cautelar, de modo geral, nos termos postulados.

Após a decisão cautelar, a Mesa do SF interpôs Agravo Regimental a fim de que a questão fosse avaliada pelo Plenário da Corte, ainda em sede cautelar.

Em sua defesa, a Mesa do SF fundamentou que não haveria prova pré-constituída para o devido manejo do *writ*, bem como que o real objetivo do presente MS seria o de usurpar a vontade da maioria qualificada do Parlamento, e não o de sanar suposta irregularidade.

O Impetrado arguiu que o art. 66, §4º e §6º, da CF/88 autorizariam dois ritos de tramitação: (i) primeiro para aqueles vetos ainda no prazo do §4º (antes de decorridos os trinta dias para apreciação); e, segundo para aqueles vetos no prazo do §6º (após trinta dias sem apreciação).

Nessa linha, alegou a Mesa do SF que a matéria em questão seria de natureza “*interna corporis*”, imune ao controle judicial. Ademais, as consequências da decisão monocrática seriam devastadoras sobre o funcionamento do CN e das instituições republicanas, com gravames inaceitáveis à ordem política, econômica e social do país.

Por último, afirmou que a aludida decisão usurpava prerrogativa do Poder Legislativo e o “deixa de joelhos frente a outro Poder”, configurando clara ingerência

judicial na pauta deliberativa do CN. Além disso, caso prevalecesse, essa ingerência seria infrutífera, pois o Legislativo saberia encontrar caminhos alternativos para viabilizar suas decisões, bem como seria prejudicial e nociva ao processo democrático.

Portanto, postulou que o Plenário não conhecesse do MS e, subsidiariamente, revogasse a cautelar e indeferisse o MS.

Nessa situação, o Plenário apreciou a matéria, com o Ministro Relator proferindo voto com base em sua decisão monocrática e nas novas argumentações trazidas ao processo.

3.4.2. Voto do Ministro Relator Luiz Fux

Preliminarmente, o Ministro rejeitou a alegação de ausência de prova pré-constituída, pois teriam sido juntados documentos aptos a fazer tal prova e, assim, haveria o justo receio de dano irreparável⁶⁴, que viabilizaria a impetração preventiva do *writ*.

No mérito, rechaçou que a perspectiva abstrata do princípio da separação de Poderes e sustentou que a CF/88 o delinearía de modo concreto, devendo, a partir daí, e não da melhor interpretação, identificar qual seria o conteúdo efetivo e constitucional do princípio. Assim, estar-se-ia a evitar a invocação de preferências subjetivas e arbitrárias a respeito daquele.

Alegou o Ministro que as regras constitucionais do art. 66, §4º e §6º, da CF/88 seriam extremamente claras e partes de um único e mesmo rito – e não de ritos distintos como fez querer a Mesa do SF –, tendo por objetivo o sobrestamento de todas as deliberações do CN, caso um veto não fosse apreciado no prazo de 30 dias.

Assim, o CN somente poderia apreciar as demais matérias, quando o veto pendente fosse deliberado. Isso significaria que, a partir do decurso do prazo de 30 dias sem apreciação do veto, o CN perderia totalmente seu poder de agenda, pois deveria se debruçar, primeira e obrigatoriamente, sobre aquele veto para, então, poder, de forma regular e a seu critério, votar as outras matérias.

Nessa linha, argumentou o Ministro que seria uma contradição manifesta a prevalência do entendimento de que, com o passar do tempo e com o surgimento de

⁶⁴ Nesse caso, os Ministros debateram, por um breve momento, a respeito da natureza da medida cautelar em Mandado de Segurança. Isto é, se seria satisfativa, ou não, e quais os requisitos deveriam estar presentes – *fumus boni iuris* e *periculum in mora*; ou verossimilhança e justo receio de dano irreparável. Por não ser parte do tema do trabalho ora proposto, esse assunto não será desenvolvido.

novos vetos pendentes, o CN retomasse aos poucos o seu poder de agenda ao ser válido decidir, aleatoriamente, a ordem de apreciação dos vetos pendentes. Ainda, se tal entendimento preponderasse, seria o mesmo que cancelar a prorrogação *ad eternum* das deliberações do veto, configurando uma inaceitável omissão inconstitucional, o que seria, muitas vezes, intencional como parte de estratégia política ilegítima.

A questão seria, portanto, de cunho eminentemente constitucional, e não matéria “*interna corporis*” – o que possibilitaria o controle judicial. As regras para orientar o processo legislativo, nessa hipótese, teriam o nítido escopo de retirar o poder de agenda do Legislativo até o reestabelecimento da normalização de seus trabalhos, com a adequada deliberação dos vetos. Contudo, como reforço argumentativo, o Ministro também destacou, de modo sucinto, que as citadas lesões aos dispositivos regimentais seriam passíveis de controle judicial, na medida em que se cuidaria de norma legal como qualquer outra e ainda os comparou com a Lei Orgânica da Magistratura.

No aspecto constitucional, defendeu que o escopo da norma e a apropriada construção lógica indicariam que a interpretação da apreciação dos vetos pendentes somente se poderia e deveria dar pela ordem cronológica, pois assim seria mantida a finalidade de perda do poder de agenda do CN até posterior normalização, em conformidade com a descrição e a prescrição do texto constitucional.

Desse modo, o Ministro Relator reconheceu que, pela linha de seu raciocínio, deveria considerar todas as normas aprovadas pelo CN, simultaneamente à existência de vetos com prazos expirados, inconstitucionais, em caráter formal, vez que àquelas não teria sido observado parte do processo legislativo, disposta no art. 66, §4º e §6º, da CF/88.

Todavia, ao identificar a existência de vetos pendentes com prazos expirados há mais de 13 anos – e durante todo esse tempo houve aprovação de normas pelo CN, cuja constitucionalidade ficaria seriamente abalada –, o Ministro previu as possíveis consequências extremamente danosas de sua fundamentação e, então, buscou mitigar os efeitos de seu voto. Nesse sentido, aplicou, com base no MS 27.931⁶⁵, analogia com a finalidade de restringir o alcance do art. 66, §4º e §6º, da CF/88, de modo que o poder

⁶⁵ Nesse MS, questionou-se a interpretação dada, pelo então Presidente da CD, em face do art. 62, §6º, CF/88. De acordo com tal interpretação, apenas ficariam sobrestadas os projetos de leis ordinárias que pudessem ser disciplinados por MP, logo aqueles excluídos de serem tratados mediante MP não restariam sobrestados, o que acabou por reduzir bastante o número de proposições suspensas e, com efeito, o trancamento de pauta da CD. O STF, no julgamento do citado MS, entendeu ser legítima e constitucional a interpretação dada.

de agenda do CN seria retirado apenas em relação aos vetos – pendentes ou não – e, com efeito, todas as demais matérias – passadas, presentes e futuras – poderiam ser votadas, a critério do Legislativo, constitucional e legitimamente.

Com tal interpretação, afirmou o Ministro que a constitucionalidade de diversas normas estar-se-ia assegurada, bem como a segurança jurídica e a estabilidade política e social do país e, ainda, garantir-se-ia o escopo constitucional de supressão do poder de agenda do Parlamento, em face da omissão inconstitucional, com a exigência de apreciação cronológica dos vetos pendentes.

Afirmou, mais uma vez, que as normas atinentes ao veto presidencial seriam de natureza constitucional e, assim, plenamente sindicáveis em juízo. Logo, não haveria que se falar em interferência indevida do Judiciário sobre questões políticas do Legislativo.

Ponderou o Ministro que a decisão liminar não teria determinado o tempo para apreciação dos vetos, mas somente a sua deliberação em ordem cronológica. Assim, tal decisão estaria a lançar as bases da atuação independente do Legislativo ao revitalizar uma prerrogativa institucional. Nessa linha, argumentou, ainda, que tal situação revelava a preponderância do Executivo sobre o Legislativo, pois aquele terminava por estabelecer quais matérias e quando estas seriam apreciadas pelo último, vez que a não votação dos vetos, e a sequência aparentemente normal dos trabalhos legislativos, teria se dado em razão da força do Executivo sobre a pauta do Legislativo, por meio de influência daquele sobre a maioria parlamentar.

Portanto, o Ministro Fux indeferiu o Agravo Regimental, manteve a decisão liminar, no sentido de se impedir a análise do Veto em questão, antes da deliberação cronológica de todos os vetos anteriores àquele, e restringiu, ainda, a interpretação do texto constitucional – de supressão do poder de agenda do Legislativo – somente em relação aos vetos, e não às demais proposições.

3.4.3. Voto de divergência do Ministro Teori Zavascki

O Ministro Teori Zavascki abriu divergência e fundamentou que o art. 66, §4º e §6º, da CF/88 não seria observado há longo tempo com o conhecimento de todos os poderes. Nessa linha, destacou, como o Ministro Relator, que haveria vetos pendentes há mais de 13 anos.

A partir daí, argumentou, sem se aprofundar, que a inobservância do RCCN não seria sindicável perante à Corte, vez que aquele se trataria de ato “*interna corporis*” imune ao controle judicial segundo a jurisprudência do próprio STF.

Quanto à alegação de violação constitucional, sustentou que aquela estaria a atacar, em tese, o próprio processo legislativo, e não possível lesão a direito subjetivo público, de quem quer que seja. Assim, realizou o cotejo do presente caso com o da ADI 4.029 e concluiu que os fundamentos e os pedidos desses dois precedentes, em essência, seriam os mesmos. Isto é, no presente MS, estar-se-ia postulando o controle abstrato de constitucionalidade, tal qual na referida ADI.

A diferença residiria no fato de que na ADI teria havido controle abstrato *repressivo* de constitucionalidade, e aqui se estaria diante de um controle abstrato *preventivo*. Em outras palavras, estar-se-ia utilizando do MS como se fosse uma ADI (ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) preventiva, o que não seria permitido em nossa jurisdição constitucional, conforme já teria sido ressaltado pela própria jurisprudência do STF.

Além disso, alegou o Ministro que, caso o entendimento do Ministro Relator prevalecesse, haveria consequências fáticas desastrosas; tanto ao passado, quanto ao futuro. Em relação ao passado, assim como previu o Ministro Relator, a constitucionalidade de uma série de normas estaria ameaçada, engendrando grave insegurança jurídica. Por seu turno, quanto ao futuro, os trabalhos do CN se tornariam caóticos, pelo menos por um longo tempo, vez que seria impossível, materialmente, a apreciação tempestiva dos vetos, ensejando instabilidade política e social.

Fundamentou, então, que, paradoxalmente, nas presentes circunstâncias de fato, o comando, no sentido de determinar o estrito cumprimento da CF/88, operaria efeito contrário ao desejado pela norma constitucional.

Diante desse cenário, entendeu que seria muito pouco provável a Corte, quando da análise do mérito, decidir no sentido da decisão cautelar do Ministro Relator, sendo que esse juízo de perspectiva seria imprescindível para se conceder a segurança. Logo, não haveria fundamento para que a cautelar fosse mantida.

Assim, concluiu pelo provimento do Agravo Regimental a fim de revogar a liminar concedida, mas que se conhecesse do MS para que se discutisse o mérito.

3.4.4. Percepção da Corte

A maioria dos Ministros – Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes – acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Teori Zavascki, salvo os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Os Ministros que seguiram a divergência elogiaram o voto do Ministro Relator e a coragem do mesmo em expor claramente um problema tão sensível de nossa República. Inicialmente, entenderam que o caso é da mais alta importância constitucional (a questão regimental praticamente não foi levantada, mas quando o foi, prevaleceu a compreensão de que eram insindicáveis), pois revelaria um vício ou defeito grave no funcionamento do nosso modelo de separação de Poderes e no processo legislativo.

No entanto, a decisão da Corte poderia produzir sérias e desastrosas consequências. Desse modo, não seria prudente a concessão da cautelar, nos termos do Ministro Relator, e o mais apropriado seria, então, o assunto ser decidido no mérito com a maior reflexão e calma possíveis. Logo, o melhor seria não alterar o quadro instalado nesse momento.

Ademais, para alguns Ministros não estariam presentes os requisitos da cautelar – *fumus boni iuris* e *periculum in mora*; para outros, verossimilhança e justo receio de dano irreparável. O principal argumento, no entanto, foi o dos efeitos dessa cautelar, vez que, a título de ilustração, um juiz de primeiro grau poderia declarar a inconstitucionalidade formal de uma norma com base na decisão liminar do STF.

Além disso, quanto ao fundamento de que o presente MS estaria sendo utilizado como ADI preventiva, os Ministros que seguiram a divergência se dividiram. A Ministra Rosa Weber defendeu que a matéria parecia se tratar de controle abstrato preventivo, o que não seria possível em sede de MS. Já o Ministro Gilmar Mendes entendeu que haveria aproximações desse controle preventivo com o controle abstrato, mas que a possibilidade de fiscalização judicial já vinha sendo desenvolvida na jurisprudência da Corte, o que permitiria uma exceção. Ambos, no entanto, não deram uma conclusão definitiva, quanto ao tema, nesse caso.

Por sua vez, os Ministros Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski entenderam que cabe o MS no controle preventivo, extraordinariamente, quando há violação ou ameaça de violação a direito subjetivo e que, no caso em comento, deveria ser verificado se teria havido tal lesão ou não. Já o Ministro Dias Toffoli não se manifestou sobre a questão.

Por seu turno, os Ministros que acompanharam o Ministro Relator sustentaram, em especial, que aparentava haver ofensa ao processo legislativo. Ainda, fora destacado que as minorias estariam sendo prejudicadas pelas maiorias, bem como o Executivo estaria se sobrepondo ao Legislativo. Ademais, ressaltaram também que direitos subjetivos, de modo geral, poderiam ter sido lesados, o que autorizaria o controle judicial. Nessa linha, estes Ministros acompanharam o Relator a fim de conhecer do MS e conceder a cautelar, nos termos do voto daquele.

Nesse cenário, o Plenário decidiu, portanto, no sentido de conhecer do MS, mas de revogar a cautelar e, assim, apreciar o mérito do caso, nos termos do voto do Ministro Teori Zavascki.

3.4.5. Análise crítica da decisão

Inicialmente, cabe salientar que o presente caso é, de fato, da mais alta relevância para a vida jurídico-política de nossa sociedade e de nosso Estado. A questão envolve, pois, de modo amplo, inúmeros aspectos essenciais de nosso país: a forma de distribuição dos *royalties*; o nosso modelo federativo; contratos, regime jurídico, direito jurídico adquirido, ato jurídico perfeito, e segurança jurídica; controle concentrado e controle difuso de constitucionalidade, controle preventivo e repressivo de constitucionalidade, separação dos poderes; processo legislativo; omissão inconstitucional; direitos dos parlamentares; *judicial review*; costume constitucional⁶⁶. Assim, tem-se um pequeno vislumbre do quão importante é o tema⁶⁷.

Quanto ao MS em si, observa-se que o voto do Ministro Fux, ao revés de seu voto na ADI 4.029 (Precedente da Comissão Mista), partiu de uma abordagem mais adequada do problema. Nessa linha, sustentou o Ministro que se cuida de caso de caráter constitucional, envolvendo a separação dos poderes e processo legislativo – com a verificação de omissão inconstitucional por parte legislador, bem como sustentou ser possível o controle judicial de normas regimentais.

⁶⁶ Nesse caso, o costume constitucional apresenta certa concordância geral de todos os poderes para a formação desse quadro – de vetos pendentes há mais de 13 anos.

⁶⁷ Deve-se salientar que, com a revogação, pela Corte, da liminar concedida pelo Ministro Fux, os vetos em questão já foram apreciados e rejeitados, sendo que foi apresentada a ADI 4.917, cujo pedido é a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos, que integraram Lei dos *Royalties*, ante tal rejeição pelo Legislativo. Contudo, a importância de fundo do caso se mantém, conforme explicado no primeiro parágrafo, bem como a relevância, em termos de controle preventivo judicial de constitucionalidade, em face da decisão liminar do Ministro Fux e, posteriormente, do Tribunal, com nítida relevância para a presente investigação.

O Ministro Relator afirmou que o princípio da separação dos poderes a ser aplicado e concretizado deveria primar pela previsão constitucional, e não com base em modelos abstratos e arbitrários. Muito embora não tenha esclarecido, ao certo, qual é e como se daria essa aplicação, o Ministro pareceu tentar evitar o exame da questão sobre o aspecto da separação funcional dos poderes, vez que procurou evitar que se levantasse o argumento da doutrina dos atos “*interna corporis*”. Contudo, valeu-se de expressões próprias da separação funcional dos poderes, ao mencionar “função típica” e “função atípica”, em seu voto. Logo, a abordagem se mostrou apenas parcialmente apropriada, no sentido de tentar afastar a doutrina dos atos “*interna corporis*”, mas ainda assim, utilizou-se de interpretação superada da separação dos poderes.

Ademais, não se pode prescindir de exaltar alguns pontos. Primeiro, na decisão da ADI 4.029 (Precedente da Comissão Mista), julgado pouco tempo antes do presente MS, o Ministro Fux se valeu da separação funcional dos poderes para abordar o problema. Enquanto que, no caso em análise, o Ministro Relator buscou refutar tal interpretação da separação dos poderes e, ainda, sustentou que a interpretação deveria ser desenvolvida à luz da CF/88, a fim de se evitar arbítrios.

Ora, em momento algum, o Ministro Fux consegue (ou mesma tenta) desenvolver um raciocínio do por que de a interpretação dele ser aquela que adviria do texto constitucional. Assim, aparenta-se que, em verdade, a perspectiva não trabalhada dele, associada à ótica distinta da ADI 4.029, revela um caráter muito subjetivo na escolha da interpretação do princípio da separação dos poderes. Então, ainda que ele sustentasse que casos distintos exigissem abordagens diferentes em face de tal princípio, deferia apontar, com cuidado e apreço, o Ministro Relator o porquê dessa discriminação, ainda mais por se tratar de aspecto tão sensível à ordem institucional.

Segundo ponto, ao não realizar tal aprofundamento, aparenta-se que o Ministro Fux se utiliza da interpretação que lhe parece conveniente, independentemente de fundamentação jurídica desenvolvida. Isto também expõe uma postura para além da discricionariedade, mas sim, arbitrária.

Terceiro ponto, a exemplo do erigido na ADI 4.029, o Ministro, novamente, defendeu um comportamento paternalista do Judiciário a fim de “proteger” o Legislativo do Executivo, ao supostamente devolver àquele sua prerrogativa institucional de ter o seu poder de agenda definido por ele mesmo. Incrivelmente, tal devolução de poder de agenda se daria por meio de decisão do STF, a qual restringiria, por um momento, o aludido poder, na medida em que a adequada exegese

constitucional (que não fora realizada pelo CN) exigiria apreciação cronológica dos vetos. Este comportamento da Corte ensinaria, como já demonstrado no MS 24.831 (Precedente da CPI dos Bingos) e na ADI 4.029 (Precedente da Comissão Mista), o perigo de os Ministros terem de atuar como profetas, na condição de mais alto censor moral, escapando, então, de qualquer controle social, o que é prejudicial à ordem democrática e constitucional (CITTADINO, 2003, p. 19-20).

Portanto, a despeito de uma abordagem, em partes, mais acertada (ou menos equivocada) do que a feita na ADI 4.029, depreende-se que os fatores reais que levaram a tal aproximação do problema aparentam ser da mais séria gravidade para a atuação da Corte e para a relação entre os poderes.

No entanto, o acerto do Ministro Fux se deu no foco constitucional dado à questão, mais especialmente, em face do processo legislativo dos vetos, o que não significa que interpretou devidamente tais dispositivos.

Vale destacar também que o Ministro, opondo-se a jurisprudência do STF⁶⁸, arguiu ser possível o exame judicial de normas regimentais, independentemente, de haver ou não lesões a direitos subjetivos públicos de parlamentar. Nessa linha, afirmou que as normas regimentais, a exemplo das disposições da Lei Orgânica da Magistratura, poderiam ser fiscalizadas pelo simples fato de serem normas jurídicas. Tal compreensão se alinha com a idéia de que as normas regimentais devem integrar o bloco de constitucionalidade e, portanto, são parâmetro de controle, um dos aspectos defendidos nesse estudo⁶⁹.

Além disso, e principalmente (aqui sem retornar a eventual exame do comportamento paternalista do Judiciário), o Ministro Fux desenvolveu com uma maior profundidade – o que não quer dizer sem equívocos – o fundamento de que apreciação dos vetos deve se dar pela ordem cronológica, em virtude de a finalidade da norma ser a perda do poder de agenda do Legislativo.

De fato, partindo da idéia de que a norma constitucional visa retirar o poder de agenda do Legislativo, como meio de coerção para que se sane a omissão, revela-se, por essa linha, corolário lógico entendimento outro que não aquele.

Nesse contexto, deve-se reconhecer que o raciocínio empregado pelo Ministro é decorrente de uma interpretação literal da norma constitucional, haja vista se além

⁶⁸ Jurisprudência antiga, desde o MS 21.754 (Precedente da Revisão Constitucional), segundo a qual, os atos “*interna corporis*” podem ser fiscalizados pelo Judiciário quando violam ou ameaçam violar direitos subjetivos públicos de parlamentar.

⁶⁹ Ver a parte da “Análise crítica da decisão” do MS 21.754 (Precedente da Revisão Constitucional).

exclusivamente aos dispositivos do art. 66 da CF/88. Assim, a melhor interpretação que, a um só tempo, possibilite a regular tramitação dos trabalhos legislativos, bem como a apreciação dos vetos, é a teleológica. É dizer: o escopo pretendido pela norma constitucional foi o de conceder prioridade aos vetos pendentes, e não a sua apreciação forçada antes das demais matérias.

Nesse sentido, não se vislumbra ser adequada a deliberação outorgada de certos temas, na medida em que os próprios cidadãos, os quais devem fazer parte do processo legislativo, por meio da interação entre esfera pública e Parlamento, conforme anota a teoria habermasiana, podem estar preocupados com assuntos de outros vetos ou proposições legislativas e elegê-los como prioridades. Em outras palavras, a democracia procedimental de Habermas estabelece que a melhor solução de um tema – porque é a mais legítima – será dada pelas construções argumentativas dos cidadãos – livres e iguais –, dentro de procedimento, previamente, delimitado. Assim, a preocupação aqui é que se assegure, procedimentalmente (isto é, com regras prévias, claras e definidas de como se autoriza a construção de um discurso em uma determinada esfera pública), a todos ampla participação no processo de formação da vontade e da opinião públicas, pois a partir daí virá a melhor solução, vez que todos puderam refletir, opinar e deliberar sobre um assunto. Daí advém o caráter legitimador de tal democracia.

Ora, se cabe a essa ampla rede comunicativa decidir, por meio da construção dos discursos dentro de um procedimento, qual é a melhor solução ou o melhor encaminhamento de uma situação, é de se entender, por conseguinte, que, para se chegar a tal solução, é necessário poder, livremente ou quase que livremente (pode haver certos limites na escolha e ordem das pautas para que não se prorogue *ad eternum* certas matérias), decidir o que se vai discutir. Assim, apenas a construção dos discursos, no procedimento preestabelecido, permite-se chegar a uma decisão adequada, mas, para que se possa chegar a tal decisão, é imprescindível que haja liberdade de construção de argumentação, até mesmo quanto ao que se deva ser discutido, isto é, deve-se possibilitar que se discuta o que deve ser discutido e o porquê deve ser discutido, desde que respeitado o procedimento.

Quem poderá afirmar que certa matéria, apesar de ser sido apresentada posteriormente, não é mais relevante e urgente que outra a ela anterior, ou o contrário? A democracia procedimental de Habermas auxilia, então, no entendimento de que a ampla rede comunicativa deve decidir, por si, com base nos discursos, inseridos no procedimento, a melhor solução para dado contexto e que tal solução também envolve,

necessariamente, a definição, por tal rede comunicativa, da agenda das construções dos discursos. Os próprios discursos serão desenvolvidos para que se chegue à decisão de qual matéria será deliberada.

Nessa perspectiva, não faz sentido, fixar, de modo prévio e absolutamente rígido, o que o Legislativo – o qual, pela democracia procedimental, deve buscar ao máximo o diálogo e a interação com as esferas públicas, a fim de legitimar, de fato, suas atividades e suas produções – pode ou não deliberar, ou seja, minar o seu poder de agenda. Nessa linha, deve haver um procedimento prévio adequado – quóruns, debates, votações, dentre outros elementos –, mas não se deve haver uma ordem rígida das matérias, ainda que seja importante e, mesmo necessário, existirem prioridades e preferências, a fim que não se prolongue demasiadamente a apreciação daquelas.

Aqui não se nega, portanto, a relevância e a gravidade de se apreciar os votos, em tempo razoável, mas não se concorda com a idéia de que a análise dos mesmos se dê por uma ordem tão rígida, como a cronológica. Logo, podem haver prioridades, mas não uma ordem cristalizada, que cerceia, de modo amplo, o poder de agenda de um poder, pois os próprios cidadãos podem deliberar e concluir que outra matéria é mais relevante ou urgente que matéria anterior ou prioritária.

Percebe-se, então, que a interpretação do Ministro Fux não sugere a melhor leitura da norma constitucional, motivo suficiente pelo qual não deve prosperar. Não se afasta a possibilidade do controle judicial, pois deve-se verificar possível ofensa a direitos dos parlamentares, mas não se compreende a interpretação do Ministro, quanto à necessidade de apreciação cronológica dos vetos, como adequada.

Em relação às normas regimentais, malgrado não tenha se aprofundado na questão, agiu bem o Ministro Fux ao afirmar que aquelas são passíveis de controle judicial independentemente de ofensas a direitos. Assim, como já afirmado no MS 21.754 (Precedente da Revisão Constitucional), entende-se que as normas regimentais, juntamente com as constitucionais, dão a base para a elaboração de outras normas. Ademais, a elaboração das normas, com fundamento em um procedimento transparente e que todos os cidadãos possam participar (rede comunicativa na teoria de Habermas), interessam a todos, eis que todos são (devem ser) seus autores, destinatários e intérpretes, o que justifica o controle amplo (inclusive a garantia do controle judicial) de tais normas, independentemente, de ofensa a direito de parlamentar.

Por seu turno, o Ministro Teori, que abriu divergência e fora seguido pela maioria da Corte, tratou a alegada violação ao RCCN como matéria “*interna corporis*”,

predominante na jurisprudência do STF. Então, nesse aspecto, promoveu abordagem do problema com base na separação funcional dos poderes, a qual não é adequada para o tratamento do mesmo.

Ainda, defendeu o Ministro que a questão trataria, em verdade, de um suposto controle abstrato preventivo. Ora, tal perspectiva deve ser vista com ponderação e cautela, na medida em que ela afasta previamente a possibilidade controle judicial (já que, ao menos contemporaneamente, a jurisprudência da Corte não entende ser possível esse tipo de controle⁷⁰) e, com efeito, pode extinguir qualquer tipo de controle preventivo judicial, apesar de poder haver, por exemplo, na espécie, lesão a direitos de algum parlamentar. Nesse sentido, nenhum Ministro concordou (salvo a Ministra Rosa Weber), ao menos nesse momento, com a compreensão inicial do Ministro Teori.

Em relação ao aspecto constitucional, o Ministro Teori concordou com que o escopo da norma aparenta ser o de estabelecer a perda do poder de agenda do Legislativo e, com efeito, a apreciação cronológica pareceria ser o mais adequado. Todavia, defendeu o Ministro que, paradoxalmente, a aplicação exata dos comandos constitucionais (isto é, o Ministro Teori se valeu de interpretação literal, tal qual o Ministro Fux), no atual contexto, conduziria a um objetivo oposto ao pretendido pela norma.

Assim, caso aplicada a norma conforme a interpretação atribuída pelo Ministro Fux, engendrar-se-ia uma situação de extrema instabilidade referente ao passado – todas as normas elaboradas pelo CN poderiam ser declaradas formalmente inconstitucionais (preocupação partilhada pelo Ministro Relator) – e também relativo ao futuro – os trabalhos do CN restariam prejudicados, pois passaria a ter de dar atenção (quase que) exclusiva a apenas tais questões (opinião não partilhada pelo Ministro Fux, o qual, afirmou que sua decisão era associada a apenas ao processo legislativo dos vetos, e não às demais matérias, e não estipulou prazo para que o CN apreciasse os vetos). Então, o Ministro Teori sustentou não deferir a liminar, mas afirmou ser importante que a Corte avaliasse o mérito da questão.

No caso concreto, a decisão do Ministro Teori, à exceção de sua abordagem do problema e das ressalvas categóricas frente ao controle preventivo judicial, aparenta ser mais acertada. Isto porque a questão ainda estava em sede de liminar, donde se infere que a atuação da Corte deve ser mais cautelosa e, de fato, não produzir, mesmo que

⁷⁰ ADI 466.

potencialmente, efeitos extremamente graves e sérios à ordem constitucional e institucional. Ademais, as preocupações quanto aos efeitos prospectivos do Ministro Teori são respaldadas, pelos motivos expostos, bem como se poderia levantar que a interpretação analógica aplicada pelo Ministro Fux (com base no MS 27.931, interpretação da pauta da CD, em relação às MP's, dada pelo então Presidente da CD) não seria devida, ou seja, poderia criar uma situação maior de instabilidade judicial⁷¹ e institucional.

Nesse contexto, a maioria dos Ministros acompanhou o Ministro Teori por razões prevalecentemente consequenciais, tendo como foco, portanto, os efeitos da decisão da Corte. Ainda, destacou-se que a situação é tão complexa que há até dúvidas aonde se pode chegar – isto é, quais questões poderão ser discutidas –, a depender da decisão da Corte⁷².

Ante todo esse cenário, quando o Plenário do STF apreciou a questão, além de prever, em abstrato, as possíveis consequências, já se tinha observado, empiricamente, os efeitos institucionais e legais produzidos pela simples liminar monocrática do Ministro Fux; por exemplo, a lei orçamentária prevista para ser votada no CN até 22/12 de cada ano – ainda não tinha sido apreciada (o julgamento desse caso se deu em 27/02/2013 e a aprovação da lei orçamentária apenas em 12/03/2013). Nesse sentido, realmente a questão consequential e, mesmo, a política parecem ter sido fatores fundamentais nessa decisão da Corte.

Desse modo, esse precedente, por suas características e amplitude de temas relevantes, mostra-se de especial importância para tratar dos aspectos políticos das decisões do STF e, em particular, do controle dos atos de outros poderes, pois, na medida em que o Judiciário interfere diretamente na pauta de outro poder, há fatores de pressão midiática, de opinião pública e do próprio Legislativo que invadem as preocupações dos Ministros.

Nessa perspectiva, a teoria de Carl Schmitt auxilia a entender essa relação entre direito e política. O professor alemão desenvolve sua idéia de política, a qual tem como fundamento caracterizador o conflito. Assim, toda área – religião, economia, direito – é potencialmente política, bastando, para tanto, o conflito, isto é, haver um amigo em

⁷¹ Como ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, correr-se-ia o risco de qualquer juiz, em sede de controle difuso, declarar a inconstitucionalidade da Lei Orçamentária, por exemplo.

⁷² Ministro Gilmar Mendes em seu voto.

oposição a um inimigo⁷³. Para Schmitt, “(o termo político) não designa um domínio de atividade próprio, mas apenas o grau de intensidade de uma associação ou uma dissociação de pessoas (SCHMITT, 2002, P. 39)”.

O grande mérito de Schmitt, para o presente trabalho, portanto, foi o de que, ao tornar toda questão potencialmente política, a “judicialização da política” pode ser vista também, em contraposição, sob o ângulo da “politização do Judiciário”. Em outras palavras, do mesmo modo que se questiona a realização da política por meio do Judiciário, é possível se visualizar e se questionar a decisão judicial com critérios políticos, muito embora Direito e política não se confundirem⁷⁴.

Logo, à medida que o Judiciário adentra em questões, anteriormente, reservadas à política (como os atos “*interna corporis*”), a política invade a esfera e a preocupação do Judiciário, em especial, da Corte Suprema. É dizer: os dois campos, especialmente quando postos em debate e conflito, retroalimentam-se e podem discutir as mesmas matérias, com a possibilidade de se utilizar como base argumentos ou elementos iguais ou similares, ainda que o uso e a construção desses argumentos possam ser distintos.

Assim, tanto a posição do Ministro Fux – de controlar os atos do Legislativo, mesmo que tentando se valer de bases constitucionais –, quanto a do Ministro Teori – de não controlar em um primeiro momento, em razão dos efeitos produzidos – podem ser vistas, à luz da teoria de Schmitt, como políticas.

Portanto, as decisões do STF, nesse cenário de papel mais ativo da Corte, envolvem, em maior ou menor grau, perspectivas e fundamentos políticos.

Conclui-se que, em razão do exposto que a liminar do Ministro Fux não foi adequada, muito embora tenha dito uma abordagem, parcialmente, devida. Já a liminar do Tribunal, diante da gravidade e importância do tema – *ratio decidendi* da decisão liminar –, no sentido de não controlar, nesse momento, esse ato do Legislativo, parece ter sido acertada. Nessa linha, é imprescindível que a Corte analise, detalhada e profundamente, agora na ADI 4.917, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, a questão a fim de que se alcance a melhor resposta possível.

⁷³Disponível em: http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/pdfs/edicao_5/21.pdf. Acessado em: 04/07/2013.

⁷⁴ SCHMITT, Carl, 2007, p. 71-105.

3.5. Mandado de Segurança 32.033 – O Caso do Projeto de Lei Complementar dos Partidos Políticos⁷⁵

3.5.1. Resumo do caso⁷⁶

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado, em face do Projeto de Lei Complementar (PLC) 4.470/2012 (identificação dada no SF), que fora aprovado, em regime de urgência, na Câmara dos Deputados (CD) e seguiu para o SF (onde, segundo o Impetrante, haveria grande chance de se aprovar também em regime de urgência).

Afirmou-se que a tramitação do PLC ficou parada durante todo o ano de 2012 e que, em 2013, tramitou celeremente a fim de prejudicar novos partidos políticos. Nessa linha, sustentou-se que se trata, então, de manobra arbitrária, casuística e inconstitucional, por meio da utilização inadequada do processo legislativo.

Compreendeu-se, assim, que o PLC significaria um desestímulo à criação de novos partidos, em evidente frustração ao art. 17, caput, e §3º, da CF/88.

Nesse contexto, argumentou o Impetrante haver direito líquido e certo dos parlamentares, em não participar desse processo legislativo que claramente lesaria a CF/88, com base nos aspectos subsequentes: (i) PLC casuístico com o objetivo de prejudicar parlamentares e a minoria; (ii) esvaziamento do direito fundamental à livre criação de novos partidos e do pluralismo político; (iii) esmagamento dos novos partidos; (iv) violação do princípio da igualdade entre os partidos; (v) discriminação indevida entre parlamentares de primeira e segunda categorias; e (vi) excepcionalidade do caso.

Além disso, alegou-se que o PLC seria diametralmente oposto às diretrizes fixadas pelo STF no julgamento da ADI 4.430, em que a Corte concedeu interpretação conforme à Constituição ao inciso II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97, para assegurar aos partidos novos, criados após a realização das últimas eleições gerais para a Câmara

⁷⁵Relator: Ministro GILMAR MENDES

Julgamento: 24/04/2013

Partes

Impetrante: RODRIGO SOBRAL ROLLEMBERG

Impetrados: PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS e PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL.

⁷⁶ Quando da elaboração desse estudo sobreveio, em 20/06/2013, decisão de mérito da Corte, no sentido de não controlar, preventivamente, a proposição legislativa (matéria ser deliberada no Legislativo). Em razão de a decisão de mérito, então, ter se dado recentemente, quando essa análise já tinha sido feita, não houve tempo hábil para examiná-la. Apenas algumas poucas e superficiais menções a ela serão feitas, pois não configura como objeto do presente estudo.

dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação. Essa interpretação foi observada pelo sistema político nas últimas eleições municipais e, assim, abarcou os atores políticos atuais, aos quais foi aplicada até o momento.

Portanto, requereu o Impetrante que fosse deferida liminar, no sentido de suspender a tramitação do PLC. No mérito, postulou a concessão definitiva da ordem mandamental, com o conseqüente arquivamento do PLC.

3.5.2. Decisão Liminar do Ministro Relator Gilmar Mendes

Inicialmente, sustentou o Ministro que a jurisprudência do STF admite o controle de constitucionalidade preventivo dos atos legislativos, não obstante seu caráter político, sempre que os corpos parlamentares ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam suas atribuições institucionais com ofensa a direitos subjetivos públicos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, pelos membros do CN (MS 24.844).

Além disso, afirmou que Mandado de Segurança é cabível para coibir atos praticados no processo de produção de normas, os quais não se compatibilizem com o processo legislativo. Ainda, a análise da constitucionalidade da organização ou administração interna das casas legislativas seria excepcional e somente se daria em casos de flagrante desrespeito ao devido processo legislativo ou dos direitos e garantias fundamentais.

Nessa linha, alegou que, no Estado Constitucional, o princípio da Supremacia da Constituição amplia o controle judicial, sendo que nenhum ato, quando suscitado à luz da CF/88, pode estar previamente afastado da fiscalização judicial.

Reconheceu o Ministro que houve, ao longo do tempo, oscilações entre maior e menor ativismo judicial⁷⁷. Contudo, o STF viria entendendo que a discricionariedade das medidas políticas não impediria o controle judicial, desde que houvesse violação a direitos assegurados (MS 23.452).

Nesse sentido, a doutrina dos atos “*interna corporis*”, apesar de minoritária atualmente, serviria para que um poder não exerça controle indevido e corriqueiro sobre

⁷⁷ No sentido de se controlar atos considerados políticos ou “*interna corporis*” do Poder Legislativo.

outro. Assim, seria possível que um poder fiscalizasse o outro, desde que de modo prudente.

Argumentou, então, que o MS, no controle preventivo, não é apenas um mecanismo de proteção de direitos fundamentais, mas também de resguardo de prerrogativas e atribuições institucionais e funcionais, o que o torna instrumento processual apto a solucionar conflitos entre órgãos públicos, poderes ou entes federativos (MS 20.257).

Ademais, haveria maiores restrições no uso e no cabimento do MS, no controle preventivo, a fim de não se equiparar às vias principais da jurisdição constitucional, sendo imprescindível, portanto, observar-se os contornos do pedido. Ainda, fundamentou que o intérprete deve buscar evitar definir explicitamente as pautas do Legislativo, o que acabaria por obstar o exercício da *função típica* deste. Desse modo, ao se extrapolar os limites da autocontenção, necessários ao sistema de *checks and balances*, ver-se-ia impedida a devida realização do projeto constitucional.

Nesse contexto, o Ministro entendeu que o presente MS dizia respeito, mais do que à aferição de lesão a direitos fundamentais, ao conflito entre órgãos públicos; ressaltando sua relevância para o sistema jurídico-político. Além disso, o PLC parecia estar, de fato, em linhas diametralmente opostas às determinadas na ADI 4.430 pelo STF e, portanto, conheceu do MS.

Quanto à cautelar, o Ministro compreendeu estarem presentes os seus requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Em relação ao primeiro, afirmou ser preenchido pelo fato de que o PLC afrontaria diretamente a decisão do STF na ADI 4.430, bem como a própria CF/88, ao tratar de modo desigual parlamentares e partidos políticos na mesma legislatura. Logo, tal atuação seria ofensiva à lealdade de concorrência democrática e, muito embora pretendesse aparência de generalidade e abstração, o PLC afigurar-se-ia casuístico e direcionado a atores específicos e identificáveis.

Por sua vez, o *periculum in mora* teria sido preenchido, porque a tramitação do PLC estaria se dando com uma velocidade incrível, de modo que não se saberia se haveria, ou não, a aprovação a tempo de se aplicar as regras desse PLC às próximas eleições, o que criaria um cenário de pouca certeza jurídica.

Além disso, o PLC configuraria nítida medida casuística, cuja compreensão se daria pelo conteúdo e pelos efeitos do mesmo, e não pelo seu enunciado linguístico.

Assim, do princípio da igualdade material se extrairia, implicitamente, o princípio da proibição da lei restritiva de caráter casuístico.

Por fim, alegou que a excepcionalidade do caso (velocidade da tramitação), a aparente tentativa casuística com prejuízos para as minorias e para a própria democracia, e a desconformidade do PLC com a CF/88 e com a ADI 4.430 permitiriam o vislumbre de possível violação a direito subjetivo público de parlamentar não se submeter a processo legislativo inconstitucional.

Diante desse quadro, decidiu o Ministro no sentido de conceder a cautelar, a fim de suspender a tramitação do PLC.

3.5.3. Análise crítica da decisão

Inicialmente, deve-se destacar que o Ministro Gilmar Mendes tentou realizar uma abordagem do problema distinta daquela com base explícita e direta na separação funcional dos poderes.

Nesse sentido, a despeito de reconhecer a existência de momentos de maior e menor ativismo judicial do STF, em face desse tipo de questão, trouxe precedentes que autorizaram a fiscalização judicial em casos semelhantes a este. Ademais, afirmou o Ministro que, toda vez que houver violação ou ameaça de violação a direitos, não se pode afastar o controle judicial, conforme disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88 (princípio da inafastabilidade do Judiciário).

Além disso, o Ministro defendeu que o MS, no controle preventivo, seria instrumento idôneo para fiscalizar a constitucionalidade do processo legislativo e a da organização interna do Parlamento, bem como um mecanismo para se garantir direitos (independentemente de serem de parlamentar, ou não). Nessa linha, tal MS seria capaz também de solucionar conflitos entre órgãos e poderes.

Este ponto é de especial relevância, pois aqui são desenvolvidas perspectivas e ênfases distintas daquelas tradicionalmente realizadas pela Corte, no controle preventivo, a saber: o MS, no controle preventivo, é instrumento também de garantia de direitos de quaisquer pessoas, e não apenas de parlamentares⁷⁸; e tal MS é apto a solucionar conflitos institucionais, e não somente de proteger os citados direitos. Em que pese que tal entendimento possa ter sido, recentemente, observado pelo Tribunal, a

⁷⁸ Há precedentes nesse sentido, mas eles não são predominantes.

análise dos precedentes-referências anteriores não deixam dúvidas de que, ao menos de forma explícita, a Corte não destacou tais pontos, o que, de fato, resultou por não haver uma reflexão, um debate e um desenvolvimento mais aprofundados da questão.

Percebe-se, portanto, que o Ministro iniciou seu voto dando contornos distintos à jurisprudência predominante do STF (mesmo após o precedente paradigma – MS 24.831 – Precedente da CPI dos Bingos). Assim, muito embora procurou dar sustentação ao controle judicial dos atos do Legislativo, o Ministro aparentou se contradizer ao se valer, em seguida, da doutrina “*interna corporis*”.

Realmente, chamou-se a atenção de que tal doutrina já não seria majoritária, mas serviria como referência com o intuito de se evitar fiscalização indevida de um poder sobre o outro. Desse modo, defendeu o Ministro que, com o intuito de evitar invadir *função típica* do Legislativo, o intérprete deveria promover a autocontenção, cujo exercício seria necessário ao mecanismo dos *checks and balances*.

Ora, em seu voto, o Ministro argumenta que o MS, no controle preventivo, tem finalidades mais amplas do que aquelas desenvolvidas pela jurisprudência da Corte, a fim de delinear as bases de uma fundamentação compatível com o controle judicial dos atos do Legislativo de um modo mais amplo, incluindo o presente caso. Nesse sentido, inicialmente, não se aborda, então, o problema sob à ótica da doutrina dos atos “*interna corporis*”, para depois, em sentido contrário, utilizar-se daquela com a finalidade de propor prudência, nesse tipo de caso, e, ainda, lança mão, explicitamente, da separação funcional dos poderes, pela qual se sustenta que estes têm funções típicas e atípicas e, especialmente em relação às funções atípicas, um poder pode controlar o outro.

Contudo, como já defendido, atualmente, em face de razões epistemológicas e empíricas, não se sustenta a perspectiva de que os poderes se diferenciam por suas funções, mas sim por seus discursos⁷⁹.

Talvez, o Ministro tenha tentado compatibilizar sua idéia original – de controlar preventivamente, de forma mais ampla, os atos do Legislativo – com a idéia de colocar limites a sua própria idéia original, mas, certamente, a abordagem do

⁷⁹ Esta perspectiva resta, empiricamente, nítida na Pet. 3.388 (Raposa Serra do Sol), em que se percebe o atuar do STF como órgão administrativo, no caso a Fundação Nacional do Índio (FUNAI); nas ADI 3.999 e ADI 4.086 (Fidelidade Partidária), em que o STF confirmou a constitucionalidade de resolução do Tribunal Superior Eleitoral, o qual agiu como legislador; na própria decisão liminar do Ministro Fux no MS 31.816 (Precedente do Veto dos *Roaylties*), no qual se pautou a agenda do Legislativo; dentre outros precedentes.

problema restou prejudicada, pois não logrou fundamentar satisfatoriamente, nesse primeiro momento de seu voto, nem uma, nem outra idéia⁸⁰.

A cuidar de outro aspecto, não se pode prescindir de esclarecer que o controle judicial preventivo de constitucionalidade se deve ater, via de regra, aos aspectos do processo legislativo⁸¹, isto é, o mérito da matéria legislativa não deve ser analisado nesse momento.

Nesse contexto, é possível destacar que a decisão liminar do Ministro Gilmar pareceu não abordar, ao menos claramente, nem um aspecto procedimental, baseando-se exclusivamente em aspectos materiais, o que, em geral, não é permitido no controle preventivo judicial.

Um dos argumentos-chaves para não haver controle preventivo de mérito é o de que, no próprio decorrer da normal luta parlamentar, ou por meio do controle preventivo político das Casas Legislativas, as questões, antes inconstitucionais, podem ser alteradas e vir a se tornarem constitucionais⁸². Assim, não seria adequada intervenção judicial nesse cenário, pois caso o fizesse, o Judiciário estaria conduzindo o processo legislativo, e usurpando prerrogativas do Legislativo, algo inapropriado em face da separação dos poderes.

Cabe ressaltar que, apesar de, como já evidenciado, o modelo de *checks and balances* não conseguir diferenciar os poderes, não se pode compreender a atuação do Judiciário como condutor do processo legislativo. De fato, pode-se conceber que o Judiciário, em sua regular atividade decisório-interpretativa, cria direitos⁸³ e, em alguns casos, até mesmo legisla⁸⁴, mas não ditando os rumos de um processo legislativo, pois esta ação se configuraria como uma postura moral, ou seja, abarcaria os vícios da “judicialização da política”, com todos os seus riscos implicados⁸⁵.

Nessa linha, ao se partir da premissa de que a decisão liminar, de fato, adentrou o mérito da questão (na espécie, o mérito do PLC), é necessário entrever se há possibilidade, ou não, com fundamento no discurso jurídico, para o controle preventivo de constitucionalidade nessa situação.

⁸⁰ Vale lembrar que se cuida de decisão liminar e, portanto, o aprofundamento das questões não é desenvolvido como em uma decisão definitiva.

⁸¹ MS 21.648 e MS 22.183.

⁸² Como traduz a idéia do Ministro Eros Grau, em seu voto, no MS 24.831 (Precedente da CPI dos Bingos).

⁸³ COELHO, Inocêncio Mártires, 2009, p. 114-119.

⁸⁴ Fidelidade partidária e Súmulas Vinculantes.

⁸⁵ Conforme já mencionado na ADI 4.029 (Precedente da Comissão Mista), com base na aludida fundamentação da professora Gisele Cittadino.

Assim, deve-se reconhecer que a CF/88, em art. 60, §4º, autoriza a interpretação de controle preventivo de mérito quando se tratar de cláusulas pétreas, na medida em que não é possível a deliberação de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir: (i) a forma federativa do Estado; (ii) a separação dos poderes; (iii) o voto direto, secreto, universal e periódico; e (iv) os direitos e garantias individuais.

Por tal dispositivo constitucional, é necessário admitir que o controle preventivo judicial de mérito, em face de cláusula pétrea é possível e é pressuposto para se chegar à conclusão de que houve, ou não, lesão ao processo legislativo. Logo, a idéia mais pacífica, na jurisprudência do STF e na doutrina (como já apontado), de que tal controle somente pode se dar perante ao processo legislativo, e não ao mérito, resta mitigado nessa específica situação de cláusulas pétreas supostamente violadas.

Desse modo, quando uma PEC for apresentada, nesses termos, pela inteligência do art. 60, §4º, da CF/88, pode-se entender, então, ser possível o legítimo controle preventivo judicial de mérito, com a finalidade de se identificar a suposta lesão ao processo legislativo. Inclusive há, ao menos em termos numéricos, expressiva jurisprudência da Corte nesse sentido⁸⁶.

Aclarados tais pontos, cabe avaliar se um *projeto de lei* pode ser controlado, pelo Judiciário, de modo preventivo, já que a CF/88 se refere especificamente à PEC. Nessa linha, deve-se reconhecer que, para se aprovar uma Emenda Constitucional, é necessária a aprovação em dois turnos, em cada Casa Parlamentar, pela maioria qualificada de 3/5 de cada uma. Em outras palavras, o processo de aprovação de uma Emenda Constitucional é mais rígido do que o de uma Lei, que, por sua vez, apenas necessita a aprovação em um único turno, em cada Casa, pela maioria simples (se lei ordinária) ou absoluta (se lei complementar).

Não se pode prescindir de destacar, então, que o processo legislativo de PEC's contém um caráter mais democrático⁸⁷, do que o de Leis, na medida em que necessita de maior participação parlamentar – em geral, inclusive das minorias parlamentares – para se atingir a aprovação daquelas proposições normativas. Ora, se o controle preventivo de mérito de PEC's, as quais, como desenvolvido, pretendem-se ser normas mais democráticas, é autorizado pela CF/88, e já foi admitido pela própria Corte (conforme

⁸⁶ MS 24.642, MS 20.452, MS 21.642, MS 24.645, MS 24.593, MS 24.576 e MS 24.356.

⁸⁷ Democracia aqui é utilizada no sentido de democracia constitucional de Dworkin. Ademais, disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com/controlado-de-constitucionalidade-de-projeto-de-lei-2/>. Acessado em: 12/06/2013.

jurisprudência exposta acima), o controle preventivo de mérito de projetos de leis não pode se afastado pelo simples fato de não ser PEC⁸⁸.

Ademais, não seria concebível imaginar um projeto de lei, que instituísse (i) a pena de morte ou (ii) a pena de tortura, pudesse tramitar, enquanto que uma PEC, com o mesmo texto e objetivo, não. Logo, por uma interpretação sistemática da CF/88, e não apenas por uma rasa interpretação literal, um projeto de lei também pode ser objeto desse controle preventivo judicial. Então, uma das relevâncias desse controle é a ofensa direta a cláusulas pétreas, seja por PEC, seja por projeto de lei, ou por qualquer proposição legislativa⁸⁹.

Portanto, há, sim, bases jurídicas que possibilitam tal controle pelo Judiciário, devendo-se, então, observar se, no caso concreto, existe a comunicação com tais fundamentos.

Assim, cumpre esclarecer que o referido PLC diz respeito, essencialmente, ao (i) tempo de publicidade partidária em rádio e televisão e (ii) recursos do fundo partidário. Desse modo, deve-se destacar que, pelo PLC, a transferência de deputados federais eleitos, para agremiações partidárias novas, criadas após o quadro partidário das eleições de 2010 – mesmo que na mesma legislatura –, não implicará a transferência dos citados recursos e tempos para esses novos partidos.

Então, inicialmente, deve-se observar se tal PLC aparenta, de fato, ser materialmente inconstitucional, ou não. Nesse sentido, é possível sustentar que o princípio da igualdade partidária, pressuposto da democracia⁹⁰, envolve diversos aspectos como o tempo publicitário proporcional em rádio e televisão, o direito ao uso proporcional dos recursos do fundo partidário, a aplicação das mesmas normas para os diversos partidos, especialmente na mesma legislatura, o pluripartidarismo, o pluralismo político, e possui como finalidade a garantia de haver paridade, ainda que em tese e de forma proporcional⁹¹, no processo eleitoral. Assim, o princípio da igualdade partidária está atrelado ao próprio Estado democrático de Direito, no qual se assegura os direitos das minorias, dentre eles, de participar, em igualdade de condições, do processo político.

⁸⁸ No sentido de que proposição legislativas, em geral (projetos de lei e PEC's, dentre outras) podem ser controlados, de modo prévio, em relação às cláusulas pétreas, pelo Judiciário, estão os seguintes precedentes: MS 20.257 e MS 21.642.

⁸⁹ Proposição legislativa é toda matéria sujeita à deliberação no Parlamento.

⁹⁰ ADI 1.465.

⁹¹ Cada partido tem o tempo em rádio e televisão e o direito a recursos do fundo partidário proporcionalmente definidos com base no número de seus filiados. Isso garantiria, ao menos em teoria, alguma igualdade entre os partidos.

Nessa linha, ao se efetuar discriminação entre partidos da mesma legislatura, sendo que o PLC tem destinatários certos e identificáveis⁹², prejudicando-os nitidamente, aparenta-se estar diante de um projeto de lei inconstitucional, por violação a diversos dispositivos constitucionais, tais como o art. 17, caput, e §1º c/c §3º, e o art. §1º, V.

Portanto, o PLC parece, de fato, materialmente inconstitucional. Cabe, todavia, avaliar se tal inconstitucionalidade afeta, ou não, cláusula pétrea e, aqui, reside um dos focos do problema.

Nessa linha, não se pode prescindir de reconhecer que os direitos políticos – que envolvem, dentre outros princípios e direitos, o pluralismo político, a livre criação de partidos em condições isonômicas (princípio da isonomia, de modo amplo), o pluripartidarismo, a concorrência eleitoral, o tempo em rádio e televisão e o direito aos recursos do fundo partidário – são fundamentais, na medida em que asseguram as próprias bases da democracia, na qual todos possam se manifestar livremente e formular e conduzir um projeto político. Então, não se pode conceber os direitos políticos sem a inclusão daqueles outros mencionados, pois eles são informativos e, na prática, constitutivos dos primeiros.

Como se percebe, os direitos políticos, devido a sua relevância para o Estado democrático de Direito, são direitos fundamentais e, assim, cláusulas pétreas, pois grande parte da doutrina especializada entende, atualmente, que a referência ao art. 60, §4º, IV, da CF/88 (direitos e garantias individuais) diz respeito, em verdade, aos direitos e às garantias fundamentais de modo amplo⁹³. Ademais, os direitos políticos são decorrentes, em última análise da nossa Constituição, do pluralismo político, o qual, por ser princípio fundamental, disposto no art. §1º, V, da CF/88, é considerado cláusula pétrea implícita⁹⁴, o que implica dizer que a fragilização dos direitos políticos, como de se deu na espécie, significa o enfraquecimento do próprio aludido princípio.

Além disso, o STF já considerou, na ADI 1.351 e na ADI 1.354 (sobre a cláusula de barreira), a fundamentalidade dos direitos políticos e, como já observado, estes são cláusulas pétreas. Ademais, na ADI 3.685 (acerca da desverticalização partidária), a Corte, expressamente, declarou que os direitos políticos são cláusulas pétreas. Ora, se os direitos políticos são cláusulas pétreas, não restam dúvidas de que

⁹² Rede Sustentabilidade, Partido Solidariedade, Partido Ecológico Nacional e Partido Social Democrático.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto, 2010, p. 181.

⁹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 2009, p.. 262.

aqueles direitos e princípios que melhor resguardem, explicitem e visem à concretização daqueles também o são. Portanto, no caso em questão, houve violações a cláusulas pétreas⁹⁵.

Ante tudo o que foi dito, cabe uma ponderação de que, muito embora a decisão em exame seja liminar, o Ministro Gilmar, que pareceu se alinhar a tais argumentos⁹⁶, poderia ter desenvolvido um pouco mais essas considerações, mas preferiu não o fazer, restando sua decisão pouco fundamentada, mesmo em sede de liminar. O Ministro se limitou a dizer que o PLC aparentava ser inconstitucional, em face dos princípios da concorrência eleitoral, da igualdade partidária e do casuísmo do PLC, bem como entendeu estarem presentes os requisitos para a concessão da liminar, em face da proximidade do marco temporal decorrente do princípio da anualidade eleitoral, art. 16 da CF/88, (*periculum in mora*) e da aparência de inconstitucionalidade (*fumus boni iuris*). Logo, o Ministro não delineou a questão das cláusulas pétreas, cuja idéia é o principal argumento que autoriza compreender pela possibilidade desse tipo de controle preventivo.

Além disso, deve-se salientar que a CD, no novo PLC, deu interpretação diametralmente oposta àquela dada na ADI 4.430, a qual permitiu que atores políticos identificáveis, que criaram ou estavam em processo de criação de partidos políticos, portassem consigo, para as novas legendas, suas respectivas cotas de tempo de TV e rádio e de Fundo partidário. Ora, a própria Corte já entendeu, na ADI 2.797, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que norma, cujo a finalidade imediata seja superar interpretação anterior do STF, é inconstitucional. Ademais, em 2013, conforme alegado pelo Impetrante, o PLC passou a tramitar em regime de urgência. Nessa linha, caso o PLC venha ser aprovado, possivelmente não haverá tempo para que a Corte aprecie, em sede de controle repressivo, os dispositivos resultantes, o que causará um prejuízo enorme aos partidos criados após 2010, bem como aos eleitores, de modo geral, pois são algumas alternativas de projeto de governo que, na prática, extinguem-se.

⁹⁵ Aqui, cabe frisar que, caso se negue a idéia de que tais direitos e princípios são cláusulas pétreas, cabe repensar, então, a questão da extensão e do significado das cláusulas pétreas em nossa jurisdição constitucional e na teoria constitucional. Assim, seria necessária uma superação de entendimento do que vem a ser cláusulas pétreas, quais são seus fundamentos e objetivos e como elas se concretizam. Percebe-se, portanto, que, mais do que se relacionar a um controle preventivo judicial, a amplitude dessa questão é de outra magnitude, fugindo aos objetivos desse estudo. Nessa linha: <http://www.criticaconstitucional.com/controle-de-constitucionalidade-de-projeto-de-lei-2/>. Acesso: 12/06/2013.

⁹⁶ Apesar de não ser objeto desse estudo, cabe esclarecer que, na decisão definitiva, revelou o Ministro Gilmar Mendes se alinhar, por completo, a tais teses, inclusive com a utilização e o desenvolvimento delas.

Ademais, deve-se reconhecer que, toda essa insegurança jurídica, ante um PLC plenamente inconstitucional, com consequências de mais alta relevância para a ordem político-constitucional e para a democracia, de modo geral, por si só, já pode produzir efeitos no processo eleitoral, haja vista que pode haver o desestímulo de mudança de partido, por parte de alguns políticos, e, com efeito, as novas agremiações, seus filiados e potenciais eleitores, já nesse momento, sairiam prejudicados⁹⁷. Em outras palavras, a possibilidade de tais novos partidos não terem as mesmas condições legais de disputa que os demais já geraria, independentemente de quaisquer outros elementos, desigualdades e lesões.

Pode-se, então, questionar até mesmo a legitimidade das próximas eleições, em face do cenário de incerteza jurídica – criado pela potencial aprovação do PLC – sobre as regras que as regerão e os efeitos dessa insegurança, já que não se sabe, em que termos, cada partido poderá disputá-las.

Parece, portanto, adequado o controle preventivo judicial nesse caso. Todavia, algumas ponderações precisam ser feitas, conforme se seguem.

O controle preventivo judicial, em nosso modelo de controle de constitucionalidade (conforme já exposto), não é a regra, mas sim, a exceção. Não obstante, é imprescindível lembrar que, uma das bases para haver tal controle, é a justificação de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão de direito pode ser afastada do Judiciário, então caso se vislumbre ofensa a direitos dos parlamentares ou de qualquer cidadão, a exceção pode ocorrer.

Contudo, dentro da exceção, a regra é, conforme já mencionado, o controle do processo legislativo, e não do mérito – como é no presente caso, em face das cláusulas pétreas – para se chegar ao controle do processo. Logo, se o controle preventivo judicial do processo legislativo já deve ser realizado com ponderação, o controle preventivo judicial ante às cláusulas pétreas deve ser exercido com mais ponderação ainda, pois este é a exceção da exceção. É dizer: somente em circunstâncias, de fato, extraordinárias pode se dar tal controle, sendo que, em tais, o intérprete fica duplamente onerado, em sua fundamentação, para realizá-lo.

Assim, muito embora sempre o Judiciário deve dar uma resposta, quando instado processualmente, e que previamente, como aqui defendido, não há atos excluídos da apreciação judicial, não significa que deverá, necessariamente, fiscalizar,

⁹⁷ Disponível em: <http://m.g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/camara-aprova-lei-que-inibe-criacao-de-partidos-politicos-1.html>. Acesso: 05/07/2013.

de forma preventiva, os atos do legislativo. Deve-se, então, primeiro investigar para aferir se há lesão de direito, e caso haja, compreende-se ser, inegavelmente, possível o controle ante o processo legislativo, ou atos legislativos não normativos (como no caso de CPI's)⁹⁸. Todavia, parece que, quando há possível ofensa a direitos, mas se cuida de controle preventivo judicial de mérito – que é extremamente excepcional –, em uma ponderação entre direito fundamental e a não intervenção judicial, o primeiro deve prevalecer quando alguma situação extraordinária o justifique.

Por outro lado, caso contrário, quando não há tal situação extraordinária, em face dos riscos de fiscalização preventiva judicial constante, o Judiciário, ainda que haja lesões, não deverá controlar tais atos, pois, sem haver a necessidade, quase imediata, de maior certeza jurídica de um cenário, o próprio controle preventivo político pode sanar a inconstitucionalidade, sem implicar inseguranças e instabilidades jurídicas, institucionais e sociais.

Portanto, além de haver violação às cláusulas pétreas, simultaneamente, aparenta-se ser necessário a existência de uma circunstância extraordinária que legitime esse tipo de controle. Tal circunstância parece estar, em princípio, relacionada à urgência e à importância do caso concreto, mas somente a análise caso a caso pode, de fato, determinar tal entendimento.

Nessa linha, no caso presente, a exemplo do paradigmático MS 20.257, de relatoria do Ministro Moreira Alves⁹⁹, donde o aspecto circunstancial também foi imprescindível, percebe-se diversos elementos específicos e extraordinários que justificam a fiscalização judicial, a saber: (i) lesão de projeto de lei a cláusulas pétreas; (ii) violação do direito público de parlamentares em não participar de processo

⁹⁸ Apesar de se entender ser possível o controle judicial das normas regimentais, independentemente de lesão a direitos – conforme argumentado no MS 21.754 (Precedente da Revisão Constitucional) –, deve-se ressaltar que a análise das disposições regimentais de cada caso vai além dos objetivos propostos nesse estudo. Assim, para fins da presente investigação, (i) a constatação de que a Corte não admite, por si só, o controle de normas regimentais e (ii) a defesa de que tais normas deveriam, em razão de serem, dentre outros fatores, legítimas às demais normas, já atingem a finalidade de se avaliar criticamente, quanto a esse aspecto, a jurisprudência do STF. Portanto, a análise de que a decisão foi, apenas em partes, acertada, decorre, dentre os motivos já expostos no corpo do texto, também do fato de o Tribunal não ter utilizado as disposições regimentais como parâmetro a integrar o bloco de constitucionalidade, o que poderia conferir uma decisão distinta – e mais adequada – da proferida.

⁹⁹ Nesse MS, deu-se início ao entendimento de que PEC ou projeto de lei que violasse cláusula pétrea feriria a tramitação constitucional, não sendo obrigado o parlamentar a participar de processo legislativo inconstitucional, pois o seu direito público subjetivo estaria sendo lesado, em face da violação ao princípio republicano, o qual exige alternância no poder. Nesse caso específico, que ocorreu no ano de 1980 – fim do regime militar –, tratava-se de PEC para aumentar o mandato de prefeitos e vereadores de 2 para 4 anos, a fim de coincidir com as eleições estaduais e nacional. O Ministro Moreira Alves, acompanhado pela maioria, entendeu que a PEC era materialmente inconstitucional por violar o processo eleitoral com prejuízos à democracia.

legislativo inconstitucional; (iii) violação do direito das minorias, vez que, por ser tratar de projeto de lei (o qual exige quórum menor de aprovação do que as PEC's), estas nada podem fazer para impedir a tramitação de proposição legislativa, nitidamente, inconstitucional; (iv) discriminação indevida entre parlamentares e partidos, em uma mesma legislatura; (v) destinação específica a atores, prévia e plenamente, identificáveis; (vi) rompimento das condições isonômicas de disputa eleitoral; (vii) ofensa ao pluralismo político e ao pluripartidarismo, com evidente prejuízo ao Estado democrático de Direito; (viii) descumprimento de decisão do STF, em sentido oposto ao do PLC; (ix) proximidade temporal das eleições e do marco constitucional referente ao princípio da anualidade partidária; (x) insegurança e incerteza jurídica a respeito das regras para as próximas eleições, o que, por si só, desmobiliza a criação ou a filiação com relação a novos partidos e mina as estratégias já traçadas por tais agremiações partidárias, deixando-as em desvantagem face às demais; e (xi) violação dos direitos dos cidadãos, de modo geral, pois reduz, inconstitucionalmente, as alternativas de escolhas dos mesmos.

Por todo o exposto, conclui-se que há elementos jurídicos e circunstâncias extraordinárias que legitimam, ao menos em sua parte dispositiva, a decisão liminar de suspender a tramitação do PLC.

4. Conclusão

Inicialmente, cumpre reafirmar que o presente estudo é relevante, na medida em que evidencia uma transformação no comportamento da jurisprudência do STF perante os pretensos atos "*interna corporis*" do Poder Legislativo Federal, bem como explicita os fundamentos e as contradições da Corte, com base na análise crítica dos precedentes-referências.

Assim, ao se realizar o cotejo analítico entre os precedentes-referências, percebe-se a construção discursiva de duas nítidas perspectivas, as quais possibilitariam a fiscalização judicial: a (i) questão "*interna corporis*" com transcendência constitucional e a (ii) questão eminentemente constitucional. Nesse sentido, o ponto (i) diz respeito à ameaça de violação ou a violação de direitos de parlamentares, ensejando, então, transcendência da questão "*interna corporis*" para a questão constitucional e, com efeito, a legitimidade do controle judicial.

Deve-se ressaltar que, muito embora tal perspectiva se revele compatível com nosso modelo constitucional, eis que nenhuma ofensa ou ameaça de ofensa de direito pode ser excluída da apreciação do Judiciário, observa-se que, empiricamente, a questão dos atos “*interna corporis*” é levantada já com o intuito prévio de não haver fiscalização judicial. Em outras palavras, quando se inicia a argumentação à luz da abordagem dos atos “*interna corporis*”, ainda que haja a já antiga ressalva da Corte de ser possível o controle na exceção mencionada acima, é para se excluir, previamente, a fiscalização judicial de tais atos, isto é, não há uma análise aprofundada se houve, ou não, violação de direitos. Logo, é utilizado o seguinte discurso “trata-se de matéria ‘*interna corporis*’ imune ao controle judicial, desde que não lese direitos dos parlamentares; aqui, não há direito algum a ser tutelado”. Com essa fórmula simples, refuta-se, de plano – independentemente de avaliação real de ofensa, ou não, do direito a ser tutelado –, o controle judicial de atos supostamente “*interna corporis*” do Legislativo.

Ainda, percebe-se que o argumento, de fundo, que confere imunidade judicial dos atos “*interna corporis*”, é a separação funcional dos poderes. Assim, a referida fórmula simplista é decorrente desse fundamento e, algumas vezes, em tal fórmula é feita referência explícita à separação dos poderes. Nessa linha, conforme já defendido, a interpretação da separação funcional dos poderes não é, contemporaneamente, a mais adequada, pois não consegue convencer que as funções típicas e próprias de cada poder são o que os distinguem.

Ora, epistemológica e empiricamente, não se verifica que cada poder tem uma função típica, ao revés, as atividades que, pela separação funcional dos poderes, seriam inerentes a cada um deles, fazem parte do particular exercício de cada um. É dizer: o Judiciário, por exemplo, realiza, constantemente, função criadora de normas e direitos em sua atividade judicial, na medida em que esta envolve interpretação, a qual, por sua vez, engendra sempre um elemento criador. Assim, ao longo do estudo, procurou-se demonstrar que a teoria habermasiana da separação dos poderes – com base em discursos específicos – oferece, atualmente, uma interpretação mais apropriada para a distinção dos poderes e, com efeito, para a abordagem da relação e dos conflitos entre eles.

Portanto, o próprio fundamento dos atos “*interna corporis*” – separação funcional dos poderes – não se compatibiliza com a dinâmica institucional nem com a epistemologia atuais, revelando o seu caráter anacrônico, bem como o da doutrina dos

atos “*interna corporis*”. Assim, tal doutrina é vazia de sentido semântico na contemporaneidade.

Ademais, por mais que se insistisse na utilidade dos atos “*interna corporis*”, não se pode prescindir de reconhecer que o STF nunca logrou desenvolver um conceito satisfatório de tais atos (como o aludido conceito do Ministro Moreira Alves no MS 21.754 – Precedente da Revisão Constitucional). O máximo que se estabeleceu, institucionalmente, foi que atos “*interna corporis*” seriam aqueles relativos às normas e interpretações regimentais. Deve-se relembra, contudo, que sempre houve Ministros que categoricamente negaram tal entendimento, como o Ministro Marco Aurélio (que, no MS 21.754, tentou fazer uma diferenciação entre o ato legal vinculado do ato legal discricionário, decorrentes dos dispositivos regimentais), o Ministro Sepúlveda Pertence (que, no MS 21.754, afirmou que o essencial seria a observação de violação de direitos, por mais que não houvesse a transcendência constitucional explícita) e o Ministro Luiz Fux (que, no MS 31.816, sustentou que as normas regimentais eram iguais às quaisquer outras normas jurídicas). Portanto, tal entendimento – afastamento do controle judicial dos dispositivos e das interpretações regimentais –, como será melhor demonstrado no decorrer da conclusão, não é pacífico nem realmente cumprido.

Além disso, como defendido, as normas regimentais possuem relevância maior do que as demais, na medida em que elas, dentre outros fatores, legitimam –por meio de procedimento estabelecido, no qual deve haver a participação de todos os cidadãos livres e iguais, com a interação entre Parlamento e as esferas públicas, vez que todos devem ser autores, destinatários e intérpretes das normas – as demais normas jurídicas. Logo, a importância das normas regimentais, para assegurar o adequado procedimento com a participação de todos cidadãos, é evidente. Assim, entende-se pela necessidade de as normas regimentais integrem o bloco de constitucionalidade e, com efeito, servirem de parâmetro de controle de constitucionalidade, independentemente de violação a direitos, ou não (ainda que esses sejam parte essencial da CF/88). É nítido, contudo, que, se houver lesão a direitos, maior é a necessidade do controle judicial.

Realizadas essas considerações, o ponto (ii) – questão eminentemente constitucional –, por seu turno, é referente à uma abordagem distinta da Corte, em face dos atos do Legislativo. Desse modo, o STF tem entendido que, alguns casos, cuida-se, em verdade, de assegurar o cumprimento da Constituição ou de tutelar os direitos fundamentais, conseqüentemente, afasta a idéia de atos “*interna corporis*”.

Nessa linha, no processo legislativo constitucional, a Corte entende haver duas possibilidades de controle preventivo judicial: (a) lesão ao procedimento disposto na CF/88 e (b) deliberação de proposição legislativa, em face de cláusula pétrea. Nas duas possibilidades, o foco da argumentação ainda é o de que, ao se violar o procedimento ou ao se processar medida tendente a abolir ou restringir cláusula pétrea, estar-se-ia ofendendo direito subjetivo do parlamentar de não participar de processo legislativo eivado de vício inconstitucional. Todavia, deve-se reconhecer que o controle relativo ao à letra (a) é mais aceito pelo Tribunal do que à (b), talvez porque a discussão desse controle – por envolver cláusulas pétreas, mérito de uma proposição legislativa (a percepção de inconstitucionalidade material não é tão evidente nem tão consensual quanto à observação de inconstitucionalidade formal), da impossibilidade de se sanar vícios formais e procedimentais de constitucionalidade, ao passo que os vícios materiais podem ser sanados pelo controle preventivo político – revela-se muito mais complexa do que o controle acerca do procedimento. Desse modo, deve-se admitir que a matéria do controle preventivo judicial, em relação às cláusulas pétreas, apesar de ter diversos precedentes nesse sentido (conforme já colacionado na análise do MS 32.033), é ainda extremamente controversa e polêmica.

Ademais, os dois citados tipos de controle, com base nas argumentações da Corte, buscam focar sua legitimidade em possível lesão a direito de parlamentares, isto é, da violação ao processo legislativo constitucional, infere-se existir lesão a direito de parlamentar. Assim, confere-se apenas aos parlamentares, a legitimidade ativa *ad causam* para impetrar Mandado de Segurança perante o STF, com o intuito de se evitar um controle preventivo abstrato de constitucionalidade, o que não seria autorizado em nossa jurisdição constitucional.

Ora, é necessário ter cautela em tais considerações. Primeiramente, malgrado o controle preventivo judicial também tenha outros aspectos relevantes, a ênfase dada à tutela dos direitos, por meio do controle preventivo judicial, não é equivocada, eis que a parte essencial de nossa Constituição, conforme já defendido, diz respeito aos direitos fundamentais. E, em segundo lugar, o controle preventivo judicial é também legítimo quando há nítidas ofensas ao processo legislativo constitucional (por exemplo, não observância do quórum, quando é quase inegável a legitimidade do controle preventivo judicial) ou quando há evidentes distorções do processo legislativo (por exemplo, o processamento de leis contrárias a cláusulas pétreas com imediatos e notórios efeitos institucionais e sociais). Portanto, quanto aos limites do controle preventivo judicial, é

importante e necessário que, de fato, haja maior reflexão e debate sobre o tema, mas não se pode impedir, previamente, o exercício de tal fiscalização, em face da Supremacia da Constituição, no Estado democrático de Direito.

Além disso, há outra possibilidade de controle que o já Tribunal afirmou se tratar de questão eminentemente constitucional: aquele sobre atos não referentes ao processo legislativo do Poder Legislativo. Assim, o exemplo mais evidente dessa fiscalização é o Precedente da CPI dos Bingos (MS 24.831). Nesse caso, a Corte, com o fundamento de que os direitos das minorias estariam sendo lesados, controlou ato do Presidente do SF. Logo, novamente o fundamento foi o de tutela de direitos.

Percebe-se, nesse contexto, que nos quatro últimos precedentes-referências utilizados, o STF controlou os atos do Poder Legislativo, mas afastou, de modo geral, a doutrina dos atos “*interna corporis*”, sustentando que se cuidava de questões eminentemente constitucionais. Assim, não se valeu do raciocínio de que se tratava de atos “*interna corporis*” (mas que teria havido ofensas a direitos dos parlamentares e, por isso seria legítimo controle), ao contrário, preferiu-se argumentar de que eram questões constitucionais.

Por mais que se alegue que realmente se cuidava de matérias constitucionais, não há como negar que a Corte fez, direta e explicitamente, a interpretação de normas regimentais – um dos rasos critérios para se determinar se se tratava de matéria “*interna corporis*”, ou não – em, pelo menos, dois precedentes.

No MS 24.831 (Precedente da CPI dos Bingos), o STF estabeleceu a aplicação da interpretação analógica do RCCN e do RICD ao RISF, em face da ausência de previsão nesse, em caso de omissão dos líderes partidários em designar os membros para compor CPI, a fim de que o Presidente do SF, ele mesmo, designasse os membros. Já na ADI 4.029 (Precedente da Comissão Mista), a Corte declarou a inconstitucionalidade incidental de dispositivos do RCCN, cuja finalidade era a de se permitir a elaboração de parecer da Comissão Mista para apreciação de Medidas Provisórias, apenas pelo relator da mesma, o que, na prática, representou o detrimento e o esvaziamento do parecer da Comissão Mista.

Ora, nesses dois precedentes, o Tribunal, deliberadamente, interpretou disposições regimentais, dando a eles o seu entendimento e encaminhamento. Como se sustentar, então, que as normas regimentais não podem, previamente, ser controladas pelo Judiciário? A violação de direitos de parlamentares? Na ADI 4.029, apesar de se ter mencionado a possibilidade de ofensa aos direitos da minoria, a *ratio decidendi* da

Corte foi no sentido de que tais dispositivos regimentais eram inconstitucionais, independentemente de observação de lesão a direitos no caso concreto. Ademais, no MS 24.831, não se questionou, frontal e inapelavelmente, a constitucionalidade do RISF, apenas se estabeleceu uma espécie de “interpretação conforme”, o que significa dizer, a partir daquele precedente, em casos futuros, o adequado a se fazer seria a observância da decisão, isto é, essa parte do procedimento de formação de CPI’s, no SF, estava delineado pelo STF, independentemente, em princípio, da necessidade de encaminhamento judicial em outro caso concreto. Portanto, pode-se entender também, então, que, além da perspectiva constitucional, houve controle judicial, pela Corte, dos supostos atos “*interna corporis*”, mas de modo implícito.

Todas essas considerações demonstram o esvaziamento da doutrina “*interna corporis*”, bem como o da idéia de que há, previamente, espaços ou atos, como as normas e interpretações regimentais, imunes ao controle judicial. Assim, os quatro últimos precedentes-referências analisados tiveram, por mérito, realizar, em maior ou menor grau, uma abordagem distinta daquela promovida à luz dos atos “*interna corporis*”. Todavia, não se pode prescindir de destacar que o Legislativo sempre (isto é, em todos tais precedentes-referências) argumentou se cuidar de matéria “*interna corporis*”, bem como sempre houve ao menos um Ministro da Corte que também aderiu essa tese. Vale mencionar também que essa doutrina é tão fortemente permeada, em nossa tradição constitucional, que, mesmo quando se afirma tratar de matéria constitucional, utiliza-se, como argumento de reforço (e nunca o principal, pois, quando é o principal, já se viu que o objetivo real é o de afastar a fiscalização judicial) o fato de ter havido ofensas a direitos de parlamentares e, assim, estar-se-ia assegurando, mais plenamente, a possibilidade de controle judicial em um determinado caso concreto.

Por tudo o que foi exposto, conclui-se que não há, contemporaneamente, sentido em se falar em atos “*interna corporis*” ou em exclusão prévia do controle judicial de certos atos, pois tal perspectiva não conduz nem a uma abordagem nem a um critério adequados para se cuidar dos atos do Poder Legislativo. Nessa linha, o STF, aos poucos, especialmente desde o paradigmático MS 24.831 (Precedente da CPI dos Bingos), vem desenvolvendo ser possível o controle judicial em âmbitos, anteriormente, não fiscalizados.

Nesse contexto, entende-se que a mudança de perspectiva e de abordagem da Corte é adequada, na medida em que, a interpretação habermasiana da separação dos poderes, a Supremacia da Constituição e a importância do procedimento na formação da

vontade e opinião dos cidadãos, indicam que, não se coaduna com o Estado democrático de Direito, um campo, previamente, excluído da fiscalização judicial. Todavia, isso não significa que o Judiciário está isento de equívocos ou abusos, ao contrário, assim como os demais poderes há os limites próprios à atuação jurisdicional. Logo, nos próprios precedentes-referências, vislumbrou-se diversos equívocos.

Portanto, o controle judicial dos atos do Poder Legislativo, em sede de controle preventivo judicial e de órgãos do Parlamento, deve se dar em situações extraordinárias, avaliadas caso a caso – e não previamente –, e deve ser, constantemente, refletido, ponderado e discutido, com ampla participação dos cidadãos, com a finalidade de que se avance e consolide as devidas atuação e relação institucionais, bem como a garantia e a concretização dos direitos fundamentais.

5. Referências bibliográficas

ABREU, Diego. **Barbosa: congresso é dominado pelo Executivo e partidos são de ‘mentirinha’**. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2013/05/20/interna_politica.366948/barbosa-congresso-e-dominado-pelo-executivo-e-partidos-sao-de-mentirinha.shtml. Acessado em: 04/07/2013.

ALMEIDA, Beatriz Mozillo de. **A causa de pedir aberta nas ações diretas de inconstitucionalidade**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9063/a-causa-de-pedir-aberta-nas-aco-es-diretas-de-inconstitucionalidade>. Acessado em: 01/07/2013.

ATALIBA, Geraldo. **Judiciário e minorias**. In Revista de Informação Legislativa, v. 24, n. 86, p. 189-194, out./dez. 1987.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em: 05/07/ 2013.

BRASIL. **Lei n 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acessado em: 19/06/ 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797**. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Interessados: Presidente da República. Relator: Sepúlveda Pertence. Acórdão 15.09.2005. D.J.E. 19.12.2006.

BRASIL. **Regimento Comum do Congresso Nacional**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegComum_Normas_Conexas.pdf. Acessado em: 10/06/ 2013.

BRASIL. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/RIpdf/RegInterno.pdf. Acessado em: 13/06/ 2013.

BRASIL. **Regimento Interno do Senado Federal**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegInternoSF_Vol1.pdf. Acessado em: 10/06/ 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797**. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Interessados: Presidente da República. Relator: Sepúlveda Pertence. Acórdão 15.09.2005. D.J.E. 19.12.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.029**. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Luiz Fux. Acórdão 08.03.2012. D.J.E. 27.06.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessados: Congresso Nacional. Relator: Ellen Gracie. Acórdão 22.03.2006. D.J.E. 10.08.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.351**. Requerente: Partido Comunista do Brasil, Partido Democrático Trabalhista e Partido Popular Socialista. Interessados: Presidente da República. Relator: Marco Aurélio. Acórdão 07.12.2006. D.J.E. 29.06.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.289**. Requerente: Partido da Frente Liberal. Interessados: Presidente da República. Relator: Gilmar Mendes. Acórdão 05.05.2005. D.J.E. 03.02.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.465**. Requerente: Partido da Frente Liberal. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Joaquim Barbosa. Acórdão 24.02.2005. D.J.E. 06.05.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.430**. Requerente: Partido Humanista da Solidariedade. Interessados: Presidente da República. Relator: Dias Toffoli. Acórdão 29.06.2012. D.J.E. 09.08.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 31.816**. Agravante: Mesa do Congresso Nacional. Agravado: Lessandro Lucciola Molon. Interessados: Presidente do Congresso Nacional e Congresso Nacional. Relator: Luiz Fux. Relator para acórdão: Teori Zavascki. Acórdão 27.02.2013. D.J.E. 13.04.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 20.257**. Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero Franco e Antônio Mendes Canale. Impetrados: Mesa do Congresso Nacional. Relator: Décio Miranda. Relator para acórdão: Moreira Alves. Acórdão 08.10.1980. D.J.E. 27/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 21.754**. Agravante: Presidente do Congresso Nacional. Agravado: Luiz Alfredo Salomão e outros. Relator: Marco Aurélio. Relator para acórdão: Francisco Rezek. Acórdão 07.10.1993. D.J.E. 21.02.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24.831**. Impetrante: Pedro Jorge Simon e outros. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Celso de Mello. Acórdão 22.06.2005. D.J.E. 04.08.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.354**. Requerente: Partido Social Cristão. Interessados: Presidente da República. Relator: Maurício Corrêa. Acórdão 07.02.1996. D.J.E. 25.05.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 32.033**. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrados: Presidente do Senado Federal e Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Gilmar Mendes. Acórdão 24.04.2013. D.J.E. 29/04/2013.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes**. In A democracia e os três poderes no Brasil, Rio de Janeiro: Editora UFMG, 2003, p. 17-41.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.

FERNANDEZ, Thomas-Ramon. **De La Arbitrariedad del Legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional**, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

LIMA, Deyvison Rodrigues. **O conceito do político em Carl Schmitt**. Disponível em: http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/pdfs/edicao_5/21.pdf. Acessado em: 04/07/2013.

MACEDO, Cristiane Branco. **A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito** [dissertação de mestrado]. Brasília: Universidade de Brasília, Área de concentração em Direito Constitucional, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional/** Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2009.

NETO, João Costa. **Controle de constitucionalidade e projeto de lei?**. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com/controle-de-constitucionalidade-de-projeto-de-lei-2/>. Acessado em: 12/06/2013.

OLIVEIRA, Vera Lúcia Leopoldino. **Controle Constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória**. In Revista de Informação Legislativa, v. 44, n. 173, p. 285-301, jan/mar. 2007.

PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora UnB, 2008.

RIBEIRO, Jeferson e MARCELLO, Maria Carolina. **Câmara aprova leis que inibe criação de partidos**. Disponível em: <http://m.g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/camara-aprova-lei-que-inibe-criacao-de-partidos-politicos-1.html>. Acessado em: 05/07/2013.

SCHMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.