



Guilherme Lucas de Araujo Gudin

**OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL PREVENTIVO DE
CONSTITUCIONALIDADE SEGUNDO O STF**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob a orientação do
Professor Pedro Marques
Neto.**

São Paulo

2018

Resumo: A monografia trata do controle de constitucionalidade de atos legislativos exercido pelo STF. De forma mais específica, do controle preventivo de constitucionalidade: o controle exercido pelo tribunal antes mesmo que as normas sejam promulgadas ou que qualquer outro ato deste Poder atinja plena eficácia. Nela são mapeados quais critérios o STF determina que devem ser considerados quando decide se pode ou não interferir preventivamente.

Três principais achados foram obtidos.

(i) O primeiro é referente à existência de um padrão de utilização dos mesmos critérios pelos ministros na maioria dos casos. São eles: utilização do mandado de segurança como o instrumento para propor a ação, legitimidade ativa exclusiva de parlamentar no exercício de mandato e que a questão sob exame seja de caráter procedimental constitucional.

(ii) O segundo é que, a partir de 2013, o STF passou a controlar preventivamente diversos atos do Poder Legislativo que não os propriamente normativos.

(iii) O último é que, em alguns casos, a aplicação do critério relativo à "questão procedimental" é controverso, já que não é claro qual o conteúdo conferido pelos ministros a esta expressão e em qual medida ela se opõe à "questão material".

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; controle judicial preventivo de constitucionalidade; processo legislativo; separação de poderes.

Agradecimentos

Antes de tudo agradeço a Deus, Autor de toda vida e de todo o conhecimento.

Agradeço também aos meus pais, Renato e Marta, maiores referências e sustento em qualquer momento, e aos meus irmãos, os amigos que carrego há mais tempo.

Igualmente, sou grato ao meu orientador, Pedro, e às minhas tutoras, Mariana e Juliana, por todas as críticas e correções, bem como a toda a equipe e companheiros da Escola de Formação, que fizeram este ano ser muito mais leve e enriquecedor.

Por fim, um agradecimento especial ao Maurício e à Laura.

Lista de abreviaturas

STF: Supremo Tribunal Federal

MS: Mandado de Segurança

PEC: Projeto de Emenda à Constituição

PL: Projeto de Lei

MP: Medida Provisória

DL: Decreto Legislativo

CF: Constituição Federal

CPI: Comissão Parlamentar de Inquérito

Art.: Artigo

Min.: Ministro

§: Parágrafo

nº: número

Sumário

1. Introdução.....	5
1.1. Apresentação do objeto e justificativa	5
1.1.1. A separação de poderes e o controle de constitucionalidade	5
1.1.2. Controle preventivo de constitucionalidade.....	7
1.2 Objetivo e pergunta de pesquisa	9
1.3 Hipóteses	10
2. Metodologia	12
2.1 Seleção das decisões	12
2.2. Sistematização das informações e análise das decisões	13
2.2.1 O modelo de fichamento das decisões	13
3. Resultados.....	16
3.1. Atos Legislativos considerados	16
3.1.1. Expansão da noção de processo legislativo.....	18
3.1.2. A restrição de exame dos atos <i>interna corporis</i>	21
3.2. Demais critérios	22
3.2.1. A regra geral dos três critérios	23
3.2.2. Casos em que não se afirma os três critérios.....	25
3.2.3. Casos em que se dá interpretação diversa a parte dos critérios	26
3.3. A tratativa dos conceitos de questão procedimental e questão material.....	28
3.3.1. Casos incontroversos de questão material.....	28
3.3.2. Casos incontroversos de questão procedimental	30
3.3.3. Casos controversos	31
3.3.4. O caso da candidatura de Rodrigo Maia: MS 34.574	33
4. Considerações finais	35
4.1 Ato legislativo enquanto critério e adequação dos critérios aos diferentes tipos de atos legislativos	35
4.2. Três critérios para o controle judicial preventivo de constitucionalidade.....	36
4.3. Questão procedimental	37
4.4 O método empregado e novas perguntas de pesquisa	38
5. Referências bibliográficas.....	40

1. Introdução

1.1. Apresentação do objeto e justificativa

Nesta pesquisa, analiso a atuação do Supremo Tribunal Federal em casos de controle de constitucionalidade de atos do Legislativo. Mais especificamente, trato de casos em que se requer do Tribunal uma interferência preventiva no processo legislativo, objetivando determinar os critérios aplicados pelos ministros quando decidem se esta interferência é devida ou não.

Parto da ideia de que a possibilidade de intervenção preventiva do Judiciário se insere no debate a respeito da separação de poderes e de sua efetivação através de diferentes desenhos institucionais. Isso se dá em função de, pelo menos, dois fatores: a tensão entre Legislativo e Judiciário inerente ao controle de constitucionalidade judicial e a construção quase que exclusivamente jurisprudencial do instituto do controle judicial preventivo de constitucionalidade.

Diante disso, estabeleço parâmetros básicos de pesquisa para aplicar ao conjunto de decisões escolhido. Isso pelo fato de que não parto de categorias pré-estabelecidas nas quais pretendo enquadrar estas decisões. Pelo contrário, faço um mapeamento abrangente dos critérios utilizados pelos ministros, de forma que a criação de categorias só se deu posteriormente a coleta dos dados.

1.1.1. A separação de poderes e o controle de constitucionalidade

Nas teorizações sobre instituições políticas no ocidente, duas ideias são bastante correntes. A primeira é a de que os governos devem ter poder para fazer valer, no mundo dos fatos, os valores que a sociedade julga relevantes. A segunda é a de que o poder desses governos deve ser

controlado, de forma a evitar que eles mesmos corroam a efetivação desses valores.¹

Diante disso, a doutrina da separação de poderes se consolidou como uma das mais relevantes soluções a essa necessidade de conciliação entre ingerência governamental e controle. Contudo, apesar de sua popularidade, não existe consenso a respeito do significado exato de separação de poderes e, muito menos, sobre quais arranjos institucionais ela permite. Diversas conceituações e arranjos surgiram, variando em localidades e no tempo.

O presente trabalho visa analisar parcela da interface existente entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Mais especificamente, ele analisa a construção jurisprudencial do instituto do controle judicial preventivo de constitucionalidade pelo STF.

O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário gera uma tensão especial na interação entre poderes, pois a persecução, em um mesmo sistema, do ideal democrático (considerado, em linhas gerais, como o governo do povo) e do ideal constitucional (limitação do poder democrático em função de valores consolidados), implica, pelo menos aparentemente, um conflito.² Trata-se da oposição entre “participação política (...) e garantia de uma esfera inviolável de liberdade e direitos...”.³

Dessa forma, se temos, de um dos lados, os parlamentos exercendo centralmente o valor democrático (através da deliberação democrática), de outro, temos o Judiciário afirmando o valor constitucional (através do controle de constitucionalidade), principalmente nas cortes constitucionais.

A questão do controle de constitucionalidade, portanto, é extremamente sensível para o debate a respeito do desenho institucional em cada país. A partir dela, podemos formar uma ideia dos limites e da

¹ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 2-4.

² MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (doutorado em ciências políticas) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 6-8.

³ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública, *Revista de Direito Administrativo*, n. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009.

relação entre Legislativo e Judiciário, além de tecer considerações a respeito da legitimidade e efetividade desse tipo de organização.

1.1.2. Controle preventivo de constitucionalidade

Ao tratar do controle judicial de constitucionalidade, porém, detenho a minha análise em uma parcela mais restrita deste instituto. Examino o controle judicial preventivo de constitucionalidade.

A questão do controle preventivo parece ser especialmente problemática por dizer respeito a um ponto central da relação entre dois Poderes sem que seja claramente prevista na constituição, além de ser pouco delineada pela doutrina brasileira.

1.1.2.1. Controle preventivo de constitucionalidade na Constituição de 88

A Constituição de 88 previu o controle preventivo de constitucionalidade como uma medida possível em alguns âmbitos. No Legislativo, este controle é realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça (CF art. 58; RICD art. 32, III; RISF art. e 101) e pelo presidente do Senado (RISF art. 48, XI) e, no Executivo, pelo chefe deste Poder em cada nível federativo (CF art. 66. § 1º). Ao Judiciário, por sua vez, não foi dada essa competência de forma explícita, cabendo a este Poder o controle repressivo de constitucionalidade (CF art. 102).

Essa conjuntura, porém, não impediu que diversos pedidos de controle preventivo de constitucionalidade chegassem ao STF, seja requerendo exame do procedimento Legislativo, seja requerendo exame do próprio conteúdo dos projetos de lei.

1.1.2.2. Controle preventivo de constitucionalidade na doutrina

No que diz respeito à doutrina, a questão, por muitas vezes, mal chega a ser tratada e quando o é, se afirma que o controle preventivo

de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é impossível ou se estabelecem limites bastante rígidos a ele. Cito alguns exemplos:

Gilmar Mendes, ao tratar do tema da inconstitucionalidade formal, afirma que não se deve fazer qualquer exame da constitucionalidade de projetos de lei e projetos de emenda à constituição antes de sua aprovação. De acordo com o ministro, qualquer ofensa à constituição apenas surge com a promulgação da lei, de forma que a interferência no processo legislativo é indevida.⁴

De forma parecida, Alexandre de Moraes, ao tratar do controle preventivo de constitucionalidade, enumera duas hipóteses na qual ele pode ocorrer. A primeira é o controle realizado em âmbito legislativo, nas Comissões de Constituição e Justiça, e a segunda é o veto jurídico do chefe do Poder Executivo. O autor, no entanto, não faz qualquer menção à possibilidade de controle judicial preventivo de constitucionalidade.⁵

Luís Barroso, de outro modo, afirma que o controle judicial preventivo de constitucionalidade pode ocorrer, respeitados três requisitos: (i) se dê por meio de mandado de segurança; (ii) seja requerido por parlamentar no exercício do mandato; (iii) se dê em casos de projetos de emendas constitucionais ofensivas a cláusulas pétreas ou que veiculem matéria vedada ao poder do Congresso.⁶

1.1.2.3. Controle preventivo de constitucionalidade no STF

No que diz respeito à tratativa do STF, dois fatos, pelo menos, demonstram a relevância de se estudar a construção jurisprudencial deste instituto com maior cuidado.

O controle judicial preventivo de constitucionalidade já tem se consolidado como um mecanismo de judicialização das mais variadas atividades do Legislativo. Em 2017, por exemplo, o Min. Celso de Mello

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1062-1064.

⁵ DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 473

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

julgou o MS 34.574 MC que tinha por questão central a candidatura de Rodrigo Maia à reeleição para a presidência da Câmara dos Deputados, mais especificamente se ela podia ser vedada pelo fato de o parlamentar já ter exercido mandato tampão. No caso, o ministro não impediu a candidatura, mas reconheceu a possibilidade de controle preventivo dos processos de eleição das mesas diretivas das casas parlamentares. Uma vez que este instituto possa importar tanto poder ao STF, é de máxima importância que se determine quando e em que condições ele pode ser aplicado.

A relevância de estudar o tema é igualmente evidenciada pelo fato de que o Tribunal vem demonstrando, recentemente, alguma falta de consistência no que concerne a estes critérios. Exemplo disso foi o caso das Dez Medidas contra Corrupção (MS 34.530), de dezembro de 2016, no qual o Min. Luiz Fux reconheceu a possibilidade de controlar o processo legislativo com base nos regimentos internos da Câmara e do Senado. decisão completamente inusitada e que vai de encontro a disposições expressas de decisões mais antigas. No MS 34.574 MC, por exemplo, o Min. Celso de Mello já havia afirmado que os regimentos internos não podem ser examinados quando do controle judicial, sendo questão exclusivamente *interna corporis*.

O exame da construção jurisprudencial deste instituto serve para informar o debate do desenho institucional e das relações entre Legislativo e Judiciário, traçando um panorama para além do que diz a doutrina e do que está expresso na Constituição.

1.2 Objetivo e pergunta de pesquisa

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é delinear a construção jurisprudencial do exame preventivo de constitucionalidade no STF. Mais especificamente, determinar quais critérios os ministros estabelecem para a interferência no processo legislativo. Portanto, a pergunta de pesquisa a ser respondida é: quais limites o Supremo Tribunal Federal impõe para o controle preventivo de constitucionalidade pelo Judiciário?

Divido este questionamento mais genérico em dois menores. O primeiro diz respeito a quais atos legislativos podem ser controlados pelo STF. O segundo, residual, diz respeito a quais outros critérios os ministros consideram quando controlam ou não o ato impugnado.⁷ O destaque da questão dos atos legislativos considerados se deve ao fato de que, nos últimos anos, o STF foi chamado a tratar preventivamente da constitucionalidade de processos bastante relevantes de autoregramento do Legislativo ⁸e que não são relacionados com a função típica de produção de leis, como na questão da já citada candidatura de Rodrigo Maia. O objetivo com esta pergunta é determinar se, de alguma forma, os ministros pressupõem a existência de um espaço de plena discricionariedade do Judiciário para estabelecer sua própria organização.

Sistematizando:

1. Quais limites o Supremo Tribunal Federal impõe para o controle preventivo de constitucionalidade pelo Judiciário?
 - 1.1. Quais atos legislativos podem ser controlados pelo STF?
 - 1.2. Quais outros critérios que os ministros consideram quando decidem se vão controlar o ato legislativo ou não?

1.3 Hipóteses

Partindo desses questionamentos estabeleço três hipóteses. Antes de passar a cada uma delas, entretanto, uma leitura prévia das ementas das decisões já permitiu identificar dois critérios: (i) a legitimidade ativa exclusiva de parlamentares, no exercício de seus mandatos, para propor ação que vise o controle preventivo do processo legislativo; (ii) a

⁷ Essa divisão se dá exclusivamente em função de uma melhor exibição dos resultados, posteriormente.

⁸ Com “processos de autoregramento” me refiro a todos os processos pelos quais o Legislativo estabelece regras para seu próprio funcionamento, padrões para suas atividades ou especificidades quanto suas instituições internas e estrutura orgânica. São exemplos a edição de regimentos internos, constituição de CPIs e comissões e a eleição de mesas diretivas.

necessidade de a questão relativa ao processo legislativo, a ser controlada, ser de caráter procedimental constitucional.⁹

O primeiro destes critérios é binário e permite poucas considerações: ou se é parlamentar no exercício do mandato ou não. O segundo, entretanto, carece de uma definição de “questão procedimental” para ter conteúdo, além de parâmetros para determinar como se estabelece a distinção entre procedimental e material. Considerando isso, passo as três hipóteses.

A primeira é de que existem decisões pontuais que estabelecem critérios distintos dos dois apresentados, ou ainda somam outros a estes, desgastando a higidez do instituto do controle preventivo de constitucionalidade pelo judiciário. Exemplo disso é o já citado MS 34530, no qual o Min. Luiz Fux afirmou que o desrespeito ao regimento interno da Câmara dos Deputados poderia ensejar controle preventivo de constitucionalidade.

A segunda é de que, apesar da constância da aplicação desses critérios, existe maleabilidade na definição de quais questões são procedimentais. Como exemplo temos a Rcl 30573, na qual o Min. Luiz Fux afirma que a questão de inserção de matéria estranha ao conteúdo inicial de medida provisória, durante votação a respeito desta no legislativo, não é de procedimento legislativo, mesmo já havendo decisão do tribunal afirmando que esta prática atenta contra o devido procedimento legislativo (ADI 5127).

A terceira é a de que a jurisprudência a respeito de controle preventivo de projeto de lei tem sido usada de forma a abarcar diversos outros atos de parlamentares. Como nos diversos casos julgados por Rosa Weber, sobre a questão da secção do julgamento do Impeachment de Dilma (entre eles o MS 34391, o MS 34383 e o MS 34377). Ou ainda no MS 34574, no qual o Min. Celso de Mello aplicou os conceitos de exame material e exame procedimental à condição subjetiva de um parlamentar, em exame de sua candidatura à presidência da Câmara dos Deputados.

⁹ Em certa medida, o escopo deste trabalho é averiguar se esses critérios, anunciados em diversas decisões, são de fato aplicados de maneira consistente.

2. Metodologia

2.1 Seleção das decisões

As decisões analisadas foram extraídas do banco de jurisprudência do site do STF (www.stf.jus.br) e, uma vez que o objetivo é criar um panorama geral do controle preventivo de constitucionalidade no STF, não foi aplicado nenhum recorte de classe das decisões.

Quanto ao recorte de tempo, foram apreciadas as decisões posteriores a Constituição de 88, até as publicadas na plataforma até o dia 20/06/2018, data de início desta pesquisa. Isso se deve ao fato de que a promulgação de uma constituição é marco do regramento do processo legislativo, bem como do controle de constitucionalidade e organização da corte constitucional.

Foram considerados acórdãos e decisões monocráticas, e a chave de pesquisa utilizada foi: controle adj3 prev\$ adj3 constitucionalidade. As funções "adj" e "\$" foram utilizadas, respectivamente, para garantir que diferentes posições dos termos nas frases aparecessem na pesquisa, bem como para abarcar "controle prévio" e "controle preventivo" ao mesmo tempo.

O primeiro resultado, sem maiores seleções, consistiu em 7 acórdãos e 72 decisões monocráticas. Desse universo, foram excluídas as decisões que tratavam do controle de atos de outros poderes que não o Legislativo, bem como as decisões repetidas, que tiveram julgamento conjunto. Restaram as seguintes:

Rcl 30573; MS 35307; MS 34518; MS 34767; MS 34773; MS 34763; MS 34577; MS 34574; MS 34530; MS 34540; MS 34540; MS 34485; MS 34430; MS 34328; MS 34518; MS 34474; MS 32036; MS 34229; MS 34328; MS 34191; MS 34063; MS 33866; MS 33729; MS 32611; MS 31444; MS 31188; MS 31034; MS 30956; MS 30602; MS 28901; MS 28689; MS 24645; MS 24576; MS 22864; MS 24138; MS 22487; MS 23565; MS 23328; MS 32033; MS 26307; ADI 466; MS 31816 MC-AgR.

2.2. Sistematização das informações e análise das decisões

Quanto a sistematização das informações, ressalto que o objetivo desta pesquisa não é enquadrar as decisões em categorias prévias ou contrastar os critérios utilizados de fato com outros, estabelecidos como corretos ou desejáveis, em um esforço prescritivo. A proposta é simplesmente determinar os limites que os próprios ministros impõem ao controle judicial preventivo de constitucionalidade, de forma a delimitar o instituto em face de sua interferência no poder Legislativo. Portanto, como dito, não é possível estabelecer categorias de pesquisa *a priori*, sendo necessário partir de perguntas mais amplas e genéricas.

No esforço de encontrar estes limites, busco pelos critérios utilizados pelos ministros. Isso é: qualquer condição que deva ser considerada e, uma vez satisfeita, permita o controle preventivo de constitucionalidade de ato do legislativo, ainda que haja a necessidade de cumula-la com outras para alcançar este resultado.

2.2.1 O modelo de fichamento das decisões

As informações úteis para a resposta da pergunta de pesquisa são de caráter qualitativo. O principal esforço aqui é destacar critérios, e mesmo que haja um esforço de quantificação da aparição destes, posteriormente, a metodologia não é eminentemente quantitativa. Por este motivo, foi utilizado um modelo de fichamento com tópicos.

Além disso, uma vez que não existem categorias de pesquisa *a priori* bem definidas, o preenchimento dos campos deve ser livre, já que não se pode estabelecer uma lista de opções.

O modelo de fichamento foi composto pelos seguintes itens:

- Título:
- Decisão (classe e número), min. (decisão monocrática) ou relator (decisão colegiada), data do julgamento e da publicação, Partes:
- Resumo dos fatos:

- Atos legislativo considerado:
- Critérios para o controle preventivo de constitucionalidade:
- Questões consideradas “procedimentais” / Questões consideradas “materiais”:
- *Leading Cases* / principais precedentes: *
- Decisão:

Cabem esclarecimentos sobre o procedimento para extração destas informações.

No tópico “atos legislativos considerados”, deve constar o ato que é objeto da decisão, mas também se houve qualquer consideração do min. sobre se ele deveria ser controlado ou não, já que é possível que se proponha ação contra ato que acabe sendo considerado imune ao controle jurisdicional preventivo.

No tópico “critérios para o controle preventivo de constitucionalidade” devem ser diferenciados os critérios que os ministros afirmam ser de necessária aplicação dos que foram realmente considerados. Isso pelo fato de que, não havendo correspondência entre um discurso inicial e o decorrer das decisões, qualquer um dos critérios (de fato ou de discurso) podem vir a ser levados em conta em outras decisões para a construção do instituto. Também é necessário destacar as razões apontadas pelos ministros para a necessidade dos critérios apontados, uma vez que razões diferentes podem indicar parâmetros de aplicação diferentes.

No tópico sobre a natureza das questões consideradas, devem ser apontadas quaisquer asseverações dos ministros sobre o tema. É possível que os juízes tenham comentários sobre a natureza de questões que não são o centro da ação sob análise, seja em referência a outras decisões, seja por qualquer outro motivo.

No penúltimo tópico, sobre *Leading Cases*, o objetivo é estabelecer quais decisões foram tratadas como precedentes mais importantes por cada min., dentro da decisão, e não numa análise global. Os critérios utilizados nesta pesquisa para determinar se se trata de um precedente importante

serão o da citação direta com reprodução textual e o da expressa caracterização por parte dos ministros. Isso é: devem ser considerados os casos que os ministros citam fazendo reprodução do texto e apontamentos diretos ao conteúdo da decisão citada e os casos que os próprios ministros afirmam se tratar de *Leading Cases*. Vale ressaltar que só importam, no contexto deste trabalho, os precedentes sobre os limites da interferência preventiva do STF, sendo irrelevante qualquer menção sobre outro tema examinado na decisão.

3. Resultados

Nesta seção exponho os resultados encontrados separando-os em dois blocos, atinentes às duas subperguntas, de forma a facilitar a leitura. O primeiro diz respeito aos atos legislativos cujo o controle foi admitido pelos ministros, mesmo que no fim não se tenha encontrado qualquer irregularidade no processo legislativo. O segundo diz respeito aos demais critérios utilizados pelos ministros na consideração da possibilidade de controle judicial preventivo de constitucionalidade

3.1. Atos Legislativos considerados

As decisões do universo desta pesquisa tratam de diversos atos legislativos diferentes. Desses, vários foram considerados plenamente regulares e constitucionais, em todos os casos, porém, a possibilidade de controle preventivo foi aceita. Isso é: em nenhum dos casos os ministros teceram considerações a respeito do tipo de ato legislativo de forma a vedar a intervenção em função disso.

Os tipos de atos encontrados no corpo de decisões podem ser separados em três grupos. O primeiro é o dos atos legislativos normativos, isso é, os atos nos quais processo legislativo equivale a processo de produção de normas. Estão circunscritas nesta categoria a tramitação de PECs, PLs, DLs e regulamentações de leis pelas casas legislativas. O segundo é o dos atos acessórios a produção da lei, que dizem respeito a questões como o reconhecimento de prioridade na tramitação de lei ou ao exame de vetos presidenciais. O terceiro grupo é o dos atos não normativos, de caráter residual, composto por diversos atos nos quais não se considera qualquer proposição normativa.

Cada um desses grupos é composto por diversos tipos de atos. Abaixo, a composição de cada um deles, bem como a quantidade de vezes que cada tipo de ato apareceu no universo de decisões:

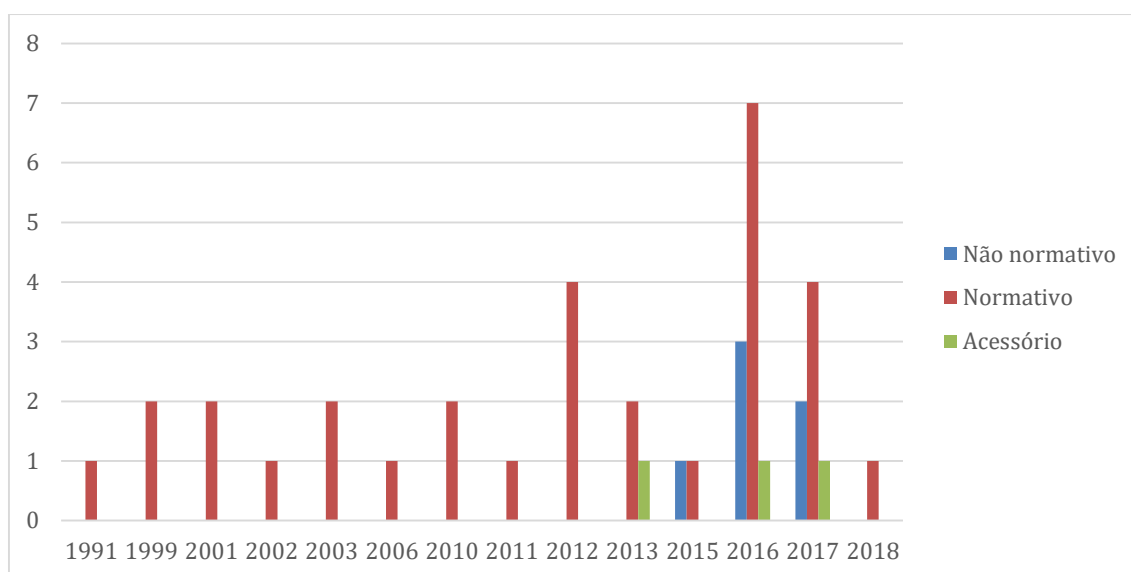
	Não normativo	Normativo	Acessórios
Atos Legislativos	<ul style="list-style-type: none"> • Decisão da presidência do Senado Federal sobre rito de impeachment - 2 • Candidatura à presidência da Câmara dos Deputados - 1 • Constituição de CPI parlamentar - 1 • Anulação de sessão do processo de impeachment por presidente da Câmara dos Deputados - 1 • Julgamento das contas do Presidente da república - 1 	<ul style="list-style-type: none"> • Projeto de lei (PL) - 16 • Projeto de emenda à Constituição (PEC) - 12 • Decreto legislativo (DL) - 2 • Estabelecimento de subsídios parlamentares por ato conjunto das mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados (regulação do Decreto 444/2002) - 1 	<ul style="list-style-type: none"> • Deliberação de requerimento de urgência em votação de projeto de lei - 1 • Acordo parlamentar quanto ao calendário de sessões legislativas - 1 • Exame de veto presidencial a projeto de lei - 1
Total	6	31	3

Esta grande pluralidade aponta para a conclusão de que o tipo de ato legislativo não é um critério relevante para a permissão ou vedação do controle judicial preventivo de constitucionalidade. Conclusão é reforçada pela inexistência de debates ou considerações dos ministros a respeito deste tema.

A resposta para a primeira pergunta de pesquisa¹⁰, portanto, é de que, em regra, o STF pode controlar preventivamente qualquer tipo de ato do Poder legislativo.

3.1.1. Expansão da noção de processo legislativo

Apesar da constatação de que o STF se julga legitimado a controlar preventivamente qualquer ato legislativo, a distribuição desses atos por grupo na história do tribunal pode suscitar dúvidas. Os primeiros casos que consideravam atos legislativos não normativos ou acessórios surgiram apenas em 2013, com presença em todos os anos seguintes, menos 2018, como pode ser visto no gráfico abaixo.



Além disso, por mais que em nenhuma das decisões analisadas qualquer um dos ministros afirme de forma clara e inequívoca que o tipo de ato legislativo é um critério para julgar a possibilidade de controle preventivo, em diversas, quando os ministros tratam dos demais critérios, o fazem em referência ao controle preventivo de constitucionalidade de PLs e

¹⁰ 1.1. Quais atos legislativos podem ser controlados pelo STF?

PECs. Destaco alguns trechos, mas essa mesma ideia se repete em quase todos os julgados:

“Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04).”¹¹

“Perceba-se, portanto, que não se trata de caso em que parlamentar visa a, na esteira da jurisprudência desta Suprema Corte, coibir atos que violem as regras formais e procedimentais que estabelecem o esboço devido processo legislativo no decorrer do processo de específico processo de aprovação de lei.”¹²

“É também firme o posicionamento desta Corte no sentido do cabimento de mandado de segurança para coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional” ¹³MS 24.642

Dessa forma, mesmo que a questão do tipo de ato legislativo não tenha sido tratada como um critério em momento algum, a discussão sobre atos normativos era cenário de todas as decisões judiciais do universo de pesquisa anteriores a 2013. Essa constatação, por si, não é de grande relevância, uma vez que até este ano o STF não havia sido provocado a decidir a respeito da constitucionalidade de atos legislativos não normativos ainda em processo de formação, de forma que a mudança de cenário pode, facilmente, ser explicada pela inércia do Judiciário.

A crítica que pode ser feita ao STF não se deve ao fato de passar a controlar atos não normativos, mas sim ao fato de que o Tribunal passou a

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão Monocrática. MS nº 32.033/DF, Min. Gilmar Mendes, j. 20/06/2013.

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão Monocrática. MS nº 34.063/DF, Min. Edson Fachin, j. 16/03/2016.

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão Monocrática. MS nº 24.642 MC/DF, Min. Carlos Velloso, j. 25/09/2003.

faze-lo sem qualquer consideração a respeito da adequação dos critérios construídos até então a estes novos atos. Este ponto é especialmente preocupante pois, entre estes novos atos controlados, estão alguns extremamente relevantes para a auto-organização do Legislativo, como a eleição do presidente da Câmara dos Deputados, o processo de votação do impeachment e a constituição de CPIs parlamentares.

O MS 34.574 é um exemplo de como essa aplicação dos critérios existentes, sem maiores considerações, parece desajustada. Para explicar o motivo, é necessário adiantar parte da explicação a respeito de um desses critérios: o de que a questão apresentada a respeito do ato legislativo deve ser de caráter procedimental. O raciocínio a respeito deste critério pode ser facilmente aplicado a atos normativos e, nesses casos, significa que a norma questionada não pode simplesmente ferir a constituição, mas deve ferir a constituição no que diz respeito a alguma norma que regulamenta a tramitação de normas, como regras de competência ou processos de votação.

No MS 34.574, porém, a questão sob exame era a possibilidade do deputado Rodrigo Maia se candidatar à reeleição à presidência da Câmara dos deputados após ter exercido mandato tampão. O min. Celso de Mello acabou por decidir o caso afirmando que a inicial estava requerendo exame material da condição subjetiva do deputado, sem determinar, em momento algum, qual a diferença entre o exame material e procedimental da condição subjetiva de alguém.

Por mais que o objetivo deste trabalho é tratar dos critérios para o controle judicial preventivo de constitucionalidade, essa questão da falta de especificidade no tratamento dos mais diversos tipos de atos normativos é relevante se considerarmos a problemática maior da relação entre Legislativo e Judiciário. Sendo necessário, contudo, que seja examinada com mais cuidado, com a construção de uma metodologia específica para o exame empírico deste tema na jurisprudência do STF.

3.1.2. A restrição de exame dos atos *interna corporis*

Como única exceção de caso que parece tratar o tipo de ato legislativo como um critério, temos o MS 24.645 MC, qm que o Min. Celso de Mello faz menção a atos legislativos que estariam alheios a possibilidade de controle judicial preventivo de constitucionalidade, os chamados atos *interna corporis*, como pode ser visto no seguinte trecho:

"A "ratio" subjacente a esse entendimento jurisprudencial apóia-se na relevantíssima circunstância de que, embora extraordinária, essa intervenção jurisdicional, ainda que instaurada no próprio momento de produção das normas pelo Congresso Nacional, tem por precípua finalidade assegurar, ao parlamentar (e a este, apenas), o direito público subjetivo - que lhe é inerente - de ver elaborados, pelo Legislativo, atos estatais compatíveis com o texto constitucional, garantindo-se, desse modo, àqueles que participam do processo legislativo, a certeza de prevailecimento da supremacia da Constituição, **excluídos, necessariamente**, no que se refere à extensão do controle judicial, os aspectos discricionários concernentes às questões políticas e **aos atos "interna corporis"(...)**"¹⁴

Em momento algum, contudo, o ministro determina quais são esses atos. Sendo inclusive, como dito, menção única, no universo de decisões desta pesquisa, a esse grupo de atos que não poderiam ser controlados preventivamente. Em outras decisões, como no MS 31.444 MC, se estabelece que as normas dos regimentos internos das casas legislativas são *interna corporis*, de forma que a ofensa a elas não pode ensejar controle preventivo de constitucionalidade. Nessas decisões, porém, o selo de *interna corporis* não é atribuído aos atos, mas apenas às normas dos regimentos.

Dessa forma, a restrição dessa afirmação a uma única decisão, bem como a falta de determinação de quais atos são *interna corporis*,

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão Monocrática. MS nº 24.645 MC/DF, Min. Celso de Mello, j. 08/009/2003. Negrito meu.

indicam que esta restrição é apenas uma exceção pontual que não gera impactos na jurisprudência do Tribunal

3.2. Demais critérios

Parto para a análise referente a subpergunta residual.

Dentre os quarenta casos analisados, trinta e um¹⁵ afirmaram os mesmos três critérios. O primeiro diz respeito a questão sob exame no processo, que deve ser de procedimento constitucional, de forma a evitar o controle preventivo em abstrato do conteúdo de normas e, em alguns casos, de outros atos legislativos. O segundo é relativo a classe de ação pela qual se pode suscitar controle preventivo de constitucionalidade, limitando ao Mandado de Segurança. O terceiro é relativo a legitimidade ativa para proposição da ação, que deve ser exclusiva de parlamentar. Neste primeiro recorte estão casos que somente afirmam a existência desses três critérios e os que os mencionam somados a outras observações, sem, contudo, modificar ou negar o conteúdo de qualquer um deles.

Existem ainda oito casos que não fazem menção a estes três critérios ao mesmo tempo, ou ainda a nenhum deles. Junto a estes, examino, também, o MS 34.767 MC, no qual o Min. Roberto Barroso estabelece critérios distintos dos apontados

Por fim, trato do MS 34.530 e do MS 24.645, que reafirma os três critérios mencionados, mas dá interpretação parcialmente diversa ao primeiro.

¹⁵ Rcl 30573; MS 35307; MS 34518; MS 34773; MS 34763; MS 34577; MS 34574; MS 34530; MS 34540; MS 34540; MS 34485; MS 34430; MS 34328; MS 34518; MS 32036; MS 34328; MS 34191; MS 34063; MS 33866; MS 33729; MS 32611; MS 31444; MS 31188; MS 31034; MS 30956; MS 30602; MS 28901; MS 28689; MS 24645; MS 24138; MS 22487; MS 23328; MS 32033; MS 26307.

3.2.1. A regra geral dos três critérios

O primeiro destes três critérios, como dito, é a limitação do exame de questões procedimentais. As decisões deste primeiro grupo são unívocas no sentido de afirmar que os juízes só podem controlar os atos legislativos no que diz respeito a sua formalidade constitucional. São poucos os momentos nos quais se fazem considerações a respeito de quais questões são procedimentais ou não. Aparentemente, o que existe, é uma vedação forte ao exame do conteúdo de leis e atos em geral.¹⁶

Este primeiro critério também apresenta uma segunda parte, limitando o exame preventivo ao que diz respeito a constitucionalidade do processo de tramitação de leis e dos atos legislativos em geral. Isso é: para que se controle preventivamente um ato legislativo, é necessário que se demonstre qual disposição constitucional está sendo ferida. Nesse sentido, os ministros Celso de Mello (MS 34.574 MC), Roberto Barroso (MS 34.540 MC) e Rosa Weber (MS 31.444 MC e MS 31.188) são bastante enfáticos em afirmar que qualquer disposição dos regimentos internos das casas legislativas é *interna corporis*, que estão alheios ao escrutínio jurisdicional em um exame de constitucionalidade.

Decorrendo do primeiro critério, o segundo limita o controle judicial preventivo de constitucionalidade a propositura de Mandados de Segurança. A construção do tribunal é no sentido de que, já que não é possível considerar, preventivamente, o conteúdo de leis e atos legislativos, o que deve estar sob análise é sempre a inconstitucionalidade de ato de autoridade coatora interna ao Legislativo. Nesse sentido, na ADI 466 MC, os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Carlos veloso deixam bastante claro que não se pode requerer controle preventivo de constitucionalidade por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, uma vez que este meio processual se presta ao controle em abstrato de normas.

¹⁶ A definição de “questão procedimental” será tratada mais à frente.

Uma vez que só é possível propor ação visando controle preventivo por meio de mandado de segurança, aplicam-se as regras de legitimidade ativa deste instituto. Isso é: só são legitimados aqueles que possuem direito líquido e certo violado ou em vias de sê-lo por autoridade. A partir disso, o tribunal determinou que o direito violado em sede do controle preventivo de constitucionalidade é o de um processo legislativo constitucional, sendo seus titulares diretos, apenas os parlamentares, por serem os protagonistas deste processo.

Vale ressaltar, que o parlamentar deve estar no exercício do mandato e só pode impetrar Mandado de Segurança quanto aos atos que se deram ou provavelmente se darão em processo legislativos da mesma casa e ente federado em quem têm seu mandato. Um deputado estadual não pode questionar, em sede de controle preventivo de constitucionalidade, ato legislativo federal, como fica claro no MS 30.602.

Nem todos os casos deste primeiro grupo, entretanto, afirmam apenas estes critérios. Podemos destacar um grupo menor que os aceita, mas somado a outras considerações. São as decisões nas quais se afirma que os três critérios se aplicam a Projetos de Lei e Projetos de Emenda à Constituição, fazendo a ressalva que nos casos de Projetos de Emenda à constituição ainda existe a possibilidade de se controlar preventivamente o conteúdo da disposição normativa se este atentar contra cláusula pétrea. São os MSs 34.518 MC e 24.138 MC.

Esta adição não pode ser considerada um posicionamento diferente, uma vez que a regra específica de limitação material ao conteúdo de PECs não é negada em momento algum. A menção ao art. 60º só não é trazida à tona em casos que não tratam do controle preventivo de PECs ou que puderam ser resolvidos pelo não cumprimento de outros critérios.

Temos, portanto, um mesmo regramento presente na grande maioria dos casos indicando alguma solidez na construção jurisprudencial do instituto estudado. Isso dá uma primeira resposta à segunda subpergunta

de pesquisa¹⁷, no sentido de que são três critérios utilizados pelos ministros ao considerarem se irão ou não permitir a o controle judicial preventivo de constitucionalidade: o instrumento utilizado para provocar o Tribunal é o Mandado de Segurança, somente parlamentares no exercício de seu mandato possuem legitimidade ativa para questionar preventivamente os atos legislativos e a questão sob exame só pode ser de cunho procedimental.

Essa regra geral que admitimos provisoriamente possui algumas exceções. Poucas destas vão de encontro ao disposto nesta seção, impondo critério distintos e inconciliáveis com os apresentados. Algumas, ainda, simplesmente estabelecem regramentos diferentes em função de especificidades dos casos. Passo a análise delas.

3.2.2. Casos em que não se afirma os três critérios

Entre as decisões em que não se afirma os três critérios apontados temos as que simplesmente não fazem menção a eles, sem, contudo, negá-los de qualquer forma. Isso ocorre em alguns casos em que se examina Projeto de Emenda Constitucional. Nestes, os ministros aplicam apenas o critério da legitimidade ativa exclusiva da parlamentar e ao art. 60 § 4º CF, que estabelece que emendas tendentes a abolir cláusulas pétreas não serão objeto de deliberação. São os MSs 34.474 MC e 24.576.

Em linha parecida, temos o MS 34.229, no qual o Min. Edson Fachin negou provimento ao processo afirmando que não havia qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, sem explorar qualquer outro critério.

Nos MSs 22.864 e 23.565, só se considera a questão da legitimidade ativa exclusiva de parlamentar. No primeiro Sydney Sanches deixa claro, também, que uma vez aprovado um Projeto de Emenda, o parlamentar

¹⁷Quais outros critérios os ministros consideram quando decidem se vão controlar o ato legislativo ou não?

perde a legitimidade ativa pois não é mais relevante considerar o direito ao devido processo legislativo, uma vez que este acabou.

Por mais que em todos estes não haja menção aos outros critérios tratados na sessão anterior, também não há, em momento algum, negação destes. Nos três casos, se tratou apenas do que era essencial a resolução da questão, de forma que não maculam a solidez da jurisprudência já apresentada.

De forma diferente, o min. Barroso apontou critérios distintos no MS 34.767. segundo ele, o STF só pode intervir em procedimentos legislativos “para assegurar o cumprimento da constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas. Mais notadamente, quando esteja em questão a potencial vulneração de alguma cláusula pétrea”.¹⁸

Esta estruturação do Ministro indica que o instituto do controle judicial preventivo de constitucionalidade pode ser invocado diante de lesões abstratas a ordem institucional. Trata-se de uma formalização pontual sem paralelos com qualquer outra decisão do tribunal. Contudo, é muito mais abrangente do que os três critérios expostos acima e bastante atual (abril de 2017), de forma que faz frente a uma jurisprudência já consolidada.

3.2.3. Casos em que se dá interpretação diversa a parte dos critérios

No MS 34.530 MC, por sua vez, o Min. Luiz Fux apontou o segundo (MS) e o terceiro critério (legitimidade ativa exclusiva de parlamentar) sem qualquer diferença em relação ao já exposto. Quanto ao primeiro critério (questão procedimental constitucional), porém, Fux defendeu uma mudança da jurisprudência do tribunal.

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão Monocrática. MS nº 34.767 MC/DF, Min. Roberto Barroso, j. 26/04/2017, p. 3.

Como dito, este critério impõe que apenas ofensas diretas a constituição sejam consideradas em sede do controle judicial preventivo de constitucionalidade. Além disso, o tribunal possui decisões claras no sentido de que as disposições dos regimentos internos das casas legislativas não são constitucionais, não devendo ser considerados quando deste tipo de controle. O Min., porém, afirmou que os regimentos internos das casas legislativas dão substância ao regramento constitucional do processo legislativo, de forma que qualquer ato de parlamentar que tender a atentar contra eles poderá ser vedado preventivamente.

Novamente, trata-se de um caso isolado, mas que pretendeu, abertamente, modificar a jurisprudência do tribunal até então, expandindo o controle do STF sobre o legislativo

A alteração gera insegurança a respeito da posição do Tribunal de forma bastante evidente, já que no dia anterior (o MS 34.530 MC foi julgado no dia 14/12/2016), no MS 34.540, o Min. Roberto Barroso havia reafirmado o posicionamento do tribunal sobre o tema. Pouquíssimo tempo depois, no dia 01/02/2017, o Min. Celso de Mello, da mesma forma, também reafirmou que os regimentos internos não deveriam ser considerados.

Até o momento de início desta pesquisa, a interpretação de Fux não teve qualquer eco, mas de qualquer forma desgasta a rigidez da jurisprudência. Como dito, trata-se de um enfrentamento direto ao que se vinha decidindo, permitindo que o STF passe a poder controlar preventivamente diversas especificidades do dia a dia do Legislativo estabelecidas apenas nos regimentos internos.

No MS 24.645, o min. Celso de Mello, de forma parecida, afirma os três critérios, mas dando interpretação mais restritiva a um deles. O min. estabelece quais normas cravam os limites do processo legislativo constitucional, afirmando que apenas as ofensas a elas devem ensejar o controle preventivo de constitucionalidade. Na estruturação deste dada por Celso de Mello, todas elas estão circunscritas ao artigo 60 CF, sendo que o

caput e o § 2º estabelecem “limitações formais”, o § 1º estabelece “limitações circunstanciais” e o § 4º estabelece “limitações materiais”.

Trata-se de um posicionamento pontual e que parece não ter tido grande impacto na jurisprudência do Tribunal, uma vez que é uma decisão de 2003 cuja a delimitação mais restrita não foi repetida em nenhuma outra vez, nem mesmo pelo próprio Ministro.

3.3. A tratativa dos conceitos de questão procedimental e questão material

Dois dos três critérios expostos são bastante objetivos em sua aplicação, isso é: dependem apenas de conceitos pouco controvertidos. Os conceitos de mandado de segurança e de parlamentar no exercício do mandato são bastante claros e, dificilmente alguém daria interpretações muito diversas eles. O critério restante – o de questão procedimental, de outra forma, não compartilha desta mesma clareza.

Esta seção, portanto, é dedicada a expor o conteúdo dado pelos ministros as expressões “questão procedimental” e “questão material”. O objetivo, porém, não é estabelecer uma definição rigorosa, mas sim apresentar quais questões dos casos concretos receberam o selo de material ou procedimental, especialmente pelo fato de que os ministros mal discutem esta questão no universo de acórdãos.

3.3.1. Casos incontroversos de questão material

Das decisões do universo de pesquisa, dezoito tratam da procedimentalidade da questão sob exame. As demais não fazem menção por terem sido consideradas improcedentes pela aplicação de outros critérios. Dentre estas dezoito, em quatorze se considerou que a questão era de natureza material.

Das decisões cuja a questão foi considerada de natureza material, oito são bastante parecidas: tratam de atos normativos e os ministros alegaram que o pedido, se atendido, implicaria em um controle preventivo em abstrato das normas consideradas. É o caso do MS 35.307, MS 34.063, MS 34.518, MS 33.866, MS 31.034, MS 30.956, MS 28.901, MS 24.138 MC e MS 32.033.

Chamo esses casos de “incontroversos de questão material” pois não existem outras decisões que tratam de questões parecidas dando interpretação diversa da apresentada aqui.

Neste primeiro grupo de decisões, a constitucionalidade das normas foi questionada no que diz respeito a seu conteúdo, sem que fosse feita qualquer remissão ao seu processo de tramitação. Isso é: as normas constitucionais apontadas como ofendidas, não estabeleciam processos, regras de votação ou competências legislativas. Como exemplo, no MS 28.901, o que se alegava é que os critérios para distribuição de royalties de petróleo entre entes federativos estabelecidos no PL 5.938/2009 eram inconstitucionais.

Essas decisões indicam um padrão, uma chave decisória no que diz respeito a materialidade ou procedimentalidade da questão sob análise: a oposição entre exame do conteúdo do ato normativo e exame de sua tramitação. A regra geral, portanto, é a de que, casos nos quais a questão sob análise exija um exame de conteúdo, sem que este conteúdo tenha implicações no que diz respeito a tramitação, não devem ser examinados pelo tribunal.

Como dito, não existem decisões que se opõem as conclusões extraídas desse primeiro grupo, de forma que há solidez na aplicação do conceito de questão procedimental nestes casos.

3.3.2. Casos incontroversos de questão procedimental

Existe ainda um grupo de decisões nas quais se fazem, apenas, referências a regras de tramitação, competência ou ritos legislativos. É o caso do MS 34.767 MC e do MS 33.729, ambas julgadas pelo Min. Roberto Barroso.

Da mesma forma que fiz na seção anterior, chamo esses casos de “incontroversos de questão procedimental” pois não existem outras decisões que tratam de questões parecidas dando interpretação diversa da apresentada aqui.

No MS 34.767 apenas se considerou o rito de julgamento das contas presidenciais, a questão tratada era se o julgamento deve proceder em sessões separadas, em cada uma das casas legislativas, ou em uma sessão conjunta.¹⁹

No MS 34.767 MC, por sua vez, o Min. tratou de um possível vício de iniciativa. Por fim, a decisão foi de que não havia vício algum, mas que a questão a respeito de vício de iniciativa é sempre procedimental, sendo legítimo seu exame preventivo se conjugado com a obediência dos demais critérios.

Novamente se tomou como chave para determinar se a questão sob análise era material ou procedimental a oposição entre exame do conteúdo e exame da tramitação. O outro lado da primeira regra geral, portanto, é o de que casos nos quais a questão sob análise exija apenas o exame da tramitação do ato, sem que se faça qualquer menção ao exame de seu conteúdo, podem ser controlados preventivamente pelo Tribunal, desde que cumpridos os outros requisitos.

¹⁹ Este é um exemplo de julgamento de ato legislativo não normativo no qual é possível compreender a aplicação do critério de questão processual. Isso pelo fato de que, ao fim do julgamento se produz uma sentença, de forma que existe a oposição entre o conteúdo do julgado e o processo de sua produção. Mais a frente trato do MS 34.574, no qual essa dicotomia dificilmente poderia ser aplicada.

3.3.3. Casos controversos

Em um terceiro grupo, o questionamento a respeito do conteúdo das normas também implica em um questionamento a respeito de sua tramitação. É o caso da Rcl 30.573 e do MS 31.034.

Chamo os casos desse grupo de “casos controversos” pois decisões com questões bastante parecidas, chegaram em conclusões diferentes no que diz respeito à materialidade ou procedimentalidade.

Na Rcl 30.573, o que se alegava é que, no processo de conversão de MP, parlamentares haviam feito emendas cujo o conteúdo era estranho ao tema do dispositivo considerado. Nesse caso, sem dúvida seria necessário exame do conteúdo de emendas parlamentares, porém, ao mesmo tempo, a alegação é de violação ao regramento da tramitação de medidas provisórias. O Min. Luiz Fux, que decidiu o caso, não considerou se de fato existia essa regra de tramitação, mas apenas afirmou que analisar o conteúdo das emendas seria fazer um exame material preventivo da constitucionalidade.

De forma parecida, no MS 31.034 se discutiu sobre PL que objetivava alterar os critérios para distribuição de royalties da extração de petróleo entre os entes federativos. Na inicial, se alegou que já existe regramento constitucional desta matéria, de forma que ela não poderia ser regulada por meio de PL, mas exclusivamente por meio de PEC. Novamente, se pediu que o tribunal examinasse questão relativa ao conteúdo de ato normativo, contudo, sob a alegação de que este exame estaria a serviço de um esforço de identificar desobediência ao processo de tramitação do dispositivo. O Min. responsável pelo caso, Ricardo Lewandowski, considerou que este exame do conteúdo, por si, já fazia com que a questão sob análise se tornasse material, sendo vedado seu exame.

Essas decisões fazem parecer que o tribunal deve sempre se negar a examinar casos, em sede de controle preventivo de constitucionalidade, nos quais precise analisar o conteúdo dos atos legislativos questionados, mesmo

que se faça referência ao fato de que o exame do conteúdo tenha consequências relacionadas ao processo de tramitação das normas. Essa conclusão, contudo, é apressada: duas decisões se opõem a ela por considerarem que o exame de conteúdo de atos normativos pode servir a uma análise procedimental do caso e, portanto, permitida.

A primeira delas é o MS 34.773 MC, no qual o Min. Dias Toffoli considerou que a análise do conteúdo de PL de conversão de MP seria válida, uma vez que necessária para determinar se a matéria poderia ser editada por meio de medida provisória. Toffoli considerou que a questão sob análise era de caráter procedimental.

A segunda é o MS 34.530 MC, no qual o Min. Luiz Fux examinou emendas parlamentares a PL de iniciativa popular, concluindo que seus conteúdos eram alheios ao tema do projeto, constituindo infração ao devido procedimento legislativo.

As decisões deste grupo indicam, portanto, a existência de uma zona cinzenta, na qual a oposição entre análise do conteúdo e análise da tramitação do ato não é suficiente para determinar se a questão é material ou procedimental. Isso se deve ao fato de que, nesses casos, as regras de procedimento demandam um exame do conteúdo dos atos normativos.

O problema relativo a indeterminação é a discricionariedade gerada por ela. Isso significa que não é possível saber de antemão se, nestes casos difíceis o tribunal pode ou não realizar controle preventivo de constitucionalidade.

A discricionariedade, por sua vez, pode gerar dois efeitos negativos. O primeiro consiste na possibilidade de expansão do controle preventivo de constitucionalidade. Se em alguns casos não é possível determinar se o controle preventivo é devido ou não, o Tribunal pode simplesmente se considerar legitimado a controlar casos nos quais tenha interesse, sem maiores justificativas. Por outro lado, o Tribunal também pode se eximir de interferir em questões que gerariam desgaste político para o ministro, especialmente nos casos de decisões monocráticas, ou para toda a corte.

Considerando a pequena amostragem destas quatro decisões, podemos identificar alguns padrões. Os dois primeiros casos, nos quais a questão sob exame foi considerada material, diziam respeito a tramitação de PLs com o potencial de gerar grandes impactos nas contas de entes de direito público e grandes empresas que negociam com eles. No MS 31.034, a lei discutida, como dito, era referente a distribuição de royalties e exploração de petróleo entre entes federativos. Na Rcl 30.573, o pedido de interferência era relativo a votação de MP que regulava a possibilidade de privatização da Eletrobrás e a organização do mercado de distribuição de energia elétrica.

Os casos restantes, por sua vez, tinham relação com projetos de lei amplamente conhecidos. O MS 34.530 tratava do projeto de lei de iniciativa popular conhecido como dez medidas contra a corrupção, que ficou amplamente vinculado a operação lava-jato. O ms 34.773 MC, por sua vez, dizia respeito a proposta de reforma trabalhista de 2017.

Esse pequeno recorte pode indicar que em casos nos quais os interesses de grandes grupos de pressão estão envolvidos, os ministros tendem a utilizar a indefinição a respeito da materialidade ou procedimentalidade como um recurso para se esquivar de uma possível interferência de grande impacto. Por outro lado, em casos de leis de grande aderência popular os ministros tendem a realizar um cálculo dos impactos para o capital político da corte.

Sem dúvidas, a identificação destes dois padrões, por si, não é suficiente para determinar qual é o comportamento dos ministros ante a esta discricionariedade. Trata-se apenas de uma hipótese que precisa ser testada.

3.3.4. O caso da candidatura de Rodrigo Maia: MS 34.574

O MS 34.574 já foi citado diversas outras vezes nesta monografia pelo fato de possuir inúmeras especificidades. Exatamente por isso analiso-

o individualmente no que se refere a questão da materialidade ou procedimentalidade.

Neste caso, a questão considerada era a possibilidade de Rodrigo Maia concorrer à presidência da câmara dos deputados após já ter exercido mandato residual em função da renúncia de Eduardo Cunha. A polêmica girava em torno do art. 57 §8º da CF, que veda a eleição imediatamente subsequente ao cargo que Maia concorreu, de forma que surgiu a dúvida se a existência do chamado “mandato-tampão” deveria implicar nesta restrição. O Min. Celso de Mello, porém, não chegou a enfrentar a questão da constitucionalidade da candidatura, sob a justificativa de que examinar a condição subjetiva do parlamentar seria fazer uma análise material.

O que nos interessa, nessa seção, é como a dicotomia entre questão material e questão procedimental pode ser aplicada a um ato legislativo como uma candidatura. Isso é: não é nem um pouco claro quais elementos de uma candidatura são seu conteúdo. O ministro não fez qualquer tentativa de enfrentar esta questão, gerando dúvidas sobre como a lógica da aplicação do critério neste caso pode ser utilizada em casos futuros.

Estas questões podem surgir em outros casos nos futuros, de forma que o STF deve determinar como esse critério se aplica em casos parecidos com este se quiser manter sua jurisprudência clara.

4. Considerações finais

Os casos estudados permitem estabelecer quatro considerações, três a respeito dos critérios utilizados pelo STF e de sua aplicação e um sobre a metodologia empregada.

4.1 Ato legislativo enquanto critério e adequação dos critérios aos diferentes tipos de atos legislativos

Como restou demonstrado, o STF em momento algum tratou o tipo do ato legislativo questionado como um critério a ser considerado na decisão sobre possibilidade de controle judicial preventivo de constitucionalidade. Isso significa que, como regra, o Tribunal pode controlar preventivamente qualquer ato do Poder Legislativo. Nada obstante, os indícios apontam que os critérios construídos pelo Tribunal faziam referência a uma noção restrita de processo legislativo, que incluía apenas o processo de produção de normas. Diante disso, surge a dúvida se a aplicação desses critérios a outros atos legislativos, não normativos, pode gerar incongruências e borrar os limites da aplicação do instituto estudado.

Quanto a esta última observação, minha hipótese é de que, dos três critérios destacados nesta monografia, o relativo à natureza procedimental da questão constitucional sob exame dificilmente poderia ser aplicado a alguns atos legislativos. Isso se deve ao fato de que em determinados atos é difícil determinar o que é seu conteúdo, de forma a diferenciá-lo da tramitação. Esta ideia se funda principalmente no MS 34.574, citado diversas vezes neste trabalho, no qual o Min. Celso de Mello alegou que a possibilidade de parlamentar concorrer à presidência da casa legislativa é análise material de sua condição subjetiva. Neste caso, o Ministro aplicou o critério da natureza procedimental da questão sob exame sem que, para isso, demonstrasse o que é o conteúdo (aspecto material) e o que é o procedimento (aspecto procedimental) de uma candidatura.

Nesse ponto, porém, cabe nova pesquisa com metodologia adequada ao julgamento a respeito da adequação dos três critérios aos atos legislativos não normativos ou acessórios.

4.2. Três critérios para o controle judicial preventivo de constitucionalidade

A grande maioria das decisões estudadas, como visto, aplicou os mesmos três critérios para determinar se o controle preventivo de constitucionalidade é possível, sendo que os três devem ser satisfeitos para tanto: utilização do mandado de segurança como o instrumento para propor a ação, legitimidade ativa exclusiva de parlamentar no exercício de mandato e que a questão sob exame seja de caráter procedimental constitucional. No quadro geral, portanto, existem limites claros a interferência do Tribunal excepcionados em três principais casos, dois deles tendentes a expandir estes limites e um com interpretação mais restritiva.

O caso com tendências mais restritiva, o MS 24.645, é um julgado de 2003 e que, até então, não gerou qualquer impacto na jurisprudência do tribunal. Os casos das interpretações mais expansivas, o MS 34.530 e o MS 34.767, são decisões mais recentes, de 2016 e 2017, respectivamente. Na primeira, o Min. Roberto Barroso estabelece critérios distintos e mais abstratos do que os três comumente utilizados. Na segunda, o Min. Luiz Fux determina que as ofensas aos regimentos internos das casas legislativas, considerados normas não constitucionais pelo Tribunal, devem ser considerados em sede de controle judicial preventivo de constitucionalidade, contrariando abertamente a jurisprudência do tribunal.

Ainda é muito difícil de estabelecer quais impactos estas duas últimas exceções podem gerar na jurisprudência do Tribunal, uma vez que são decisões proferidas há pouco tempo, de forma que suas interpretações não puderam ser aplicadas ou afastadas em novos casos. É possível que, somadas a expansão dos tipos de atos legislativos considerados, elas

indiquem uma tendência de alargamento dos limites de aplicação do controle judicial preventivo de constitucionalidade. Porém, não existem indícios suficientes que permitam concluir pela existência desta tendência.

4.3. Questão procedimental

No que diz respeito a aplicação do critério de exclusividade de exame de questões procedimentais, a determinação de quais questões são procedimentais e quais são materiais foi incontroversa em dois casos: quando se pedia apenas o exame da tramitação de atos normativos, sem qualquer referência a seus conteúdos; quando se afirmava que o conteúdo das normas ou atos considerados feria normas constitucionais que não estabelecem regras de votação, processamento ou competência legislativa. No primeiro caso, se satisfeitos os demais requisitos, o controle preventivo foi sempre permitido. No segundo caso, o controle preventivo foi sempre vedado.

A chave para determinar a constitucionalidade, nesse primeiro grupo, foi sempre a oposição entre exame do conteúdo e exame da tramitação, de forma absolutamente excludente. Isso é: se o conteúdo fosse considerado, não se estaria falando de tramitação e vice-versa.

Existe um segundo grupo, porém, no qual esta chave não funciona, uma vez que nos seus casos se alega que o exame do conteúdo é necessário para se determinar se o devido processo de tramitação foi infringido. Nestes casos, analisando situações bastante parecidas, os Ministros decidiram, por vezes, que a questão analisada era procedimental e, por outras, que era material, sem grandes explicações dos motivos dessas decisões.

Nestes casos mais complexos, por conseguinte, surge uma grande possibilidade de discricionariedade na aplicação de um dos critérios

4.4 O método empregado e novas perguntas de pesquisa

No que diz respeito à metodologia empregada nesta pesquisa, ela permitiu um mapeamento amplo dos critérios que os ministros consideraram ao decidir se iriam ou não controlar preventivamente algum ato legislativo. Nesse sentido, serviu bem a este primeiro esforço descritivo. Porém, exclusivamente a partir dele não é possível determinar se o STF tem contribuído ou não para um bom diálogo institucional com o poder legislativo. Dessa forma, as informações obtidas aqui servem para instruir e qualificar este debate mais amplo e gerar diversas perguntas cujas respostas só puderam ser tangenciadas neste trabalho e para as quais esta metodologia não é adequada. Destaco três.

A primeira e mais óbvia é: o controle judicial preventivo de constitucionalidade é constitucional? Essa questão não foi o foco em nenhum momento deste trabalho. A única menção a este tema se deu na introdução, com a constatação de que a constituição só confere, expressamente, legitimidade para o controle preventivo de constitucionalidade ao Legislativo e ao Executivo. Porém, essa deve ser uma das primeiras dúvidas superadas para que possamos julgar a atuação do STF em um contexto de construção de diálogo e separação de poderes entre as instituições

Considerando ainda o contexto de desenho institucional e relação entre Poderes, é preciso responder se o controle judicial de atos legislativos é uma boa forma de garantir o respeito às regras do processo legislativo. Para tanto, seria necessário formular parâmetros de avaliação dos impactos da interferência judicial comparada aos outros mecanismos que servem a este propósito, principalmente os internos ao Legislativo. No mesmo sentido, seria útil comparar este modelo brasileiro ao aplicado em outros países.

Por fim, ainda é necessário determinar se os critérios utilizados pelo STF podem, ao mesmo tempo, impor o respeito ao processo legislativo

constitucional e garantir a continuidade da autorregulação do Poder Legislativo.

Ou seja, estudei juízos normativos, que dependem de pesquisas descritivas como esta, para diagnosticar bem o cenário, mas que não podem ser explicados exclusivamente por elas.

5. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (doutorado em ciências políticas) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 6-8.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1062-1064.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 473

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública, *Revista de Direito Administrativo*, n. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 2-4.