

13/06/2013

PLENÁRIO

**MANDADO DE SEGURANÇA 32.033 DISTRITO FEDERAL**

**V O T O**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ante a importância institucional, ante a importância da matéria para a higidez do Estado de Direito, devo estender-me no voto a ser proferido, fugindo à regra que sempre adoto na conciliação do binômio celeridade e conteúdo.

Eis o quadro com o qual o Plenário se defronta:

**Objeto e pedido da impetração**

O mandado de segurança foi impetrado por Rodrigo Sobral Rollemberg ante a tramitação e a deliberação relativa ao Projeto de Lei Ordinária – na Câmara, nº 4.470, de 2012, no Senado, nº 14, de 2013 – que visa alterar as Leis nº 9.096, de 1995, e 9.504, de 1997, para prever que “a migração partidária que ocorrer durante a legislatura não importará a transferência de recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão.” As restrições quanto à migração alcançam a criação de novos partidos. Liminarmente, pediu-se para sustar a tramitação do aludido projeto. No mérito, busca-se vê-lo arquivado.

O projeto de lei questionado segue abaixo transcrito:

Art. 1º Os seguintes dispositivos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 29. (...) <sup>1</sup>

---

1 Redação anterior:

Art. 29. Por decisão de seus órgãos nacionais de deliberação, dois ou mais partidos poderão fundir-se num só ou incorporar-se um ao outro. (...)

§ 6º Havendo fusão ou incorporação de partidos, os votos obtidos por eles, na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, devem ser somados para efeito do funcionamento parlamentar, nos termos do art. 13, da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.

**MS 32033 / DF**

§ 6º Havendo fusão ou incorporação, devem ser somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados, obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.”

“Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

I – 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; e

II – 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29.”<sup>2</sup>

Art. 2º Acrescente-se o § 7º ao art. 47 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, com a seguinte redação:

“Art. 47. (...)

§7º Para efeito do disposto no inciso II do § 2º, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.”<sup>3</sup>

---

2 \_\_\_\_\_Redação anterior:

Art. 41-A. 5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. [\(Incluído pela Lei nº 11.459, de 2007\)](#)

3 \_\_\_\_\_Redação do aludido art. 47, §2º, inciso II:

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos quarenta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo. (...)

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios : (...)

**MS 32033 / DF**

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

**Premissas e fundamentos teóricos da impetração (síntese da petição inicial)**

O impetrante aponta violação ao devido processo legislativo e “abuso de poder legislativo” ante as restrições que se pretende impor em relação à propaganda eleitoral e ao financiamento partidário consideradas as novas agremiações a serem criadas a partir da promulgação da lei, o que o legitimaria a fazer uso do mandado de segurança preventivo com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis incompatíveis com dispositivos constitucionais.

Afirma a existência de direito líquido e certo, porque integrante do Congresso Nacional, de “não participar da produção de atos casuisticamente concebidos para aniquilar direitos fundamentais de grupos políticos minoritários e que visivelmente conspurcam, desde sua tramitação, os mandamentos centrais derivados do texto da Carta Política”.

Conforme diz, o projeto de lei, que tramitou em regime de urgência na Câmara, foi forjado pela maioria para restringir direitos fundamentais de grupos políticos minoritários determinados e perfeitamente individualizáveis, caracterizando “abuso do poder legislativo”. Identifica como alvos específicos a criação, em andamento, dos futuros partidos “Rede” e “Solidariedade”, ambos de oposição, bem como a articulação de fusão de alguns partidos também de oposição à coalizão governante.

Afirma a pretensão de esvaziamento, de modo arbitrário, inconstitucional e casuístico, de iniciativas de instituição de novos partidos, sufocando-se movimentos políticos e a articulação e atração de pessoas e ideias.

Assinala o estabelecimento de diferenças materiais entre

---

II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

**MS 32033 / DF**

parlamentares eleitos para uma mesma legislatura, permitindo que alguns, ditos de primeira classe, possam se transferir a um novo partido político, recém-fundado, sem a perda dos direitos derivados da representatividade adquirida nas urnas, enquanto outros, os de segunda classe, não poderão migrar para um partido recém-fundado sem sofrer as restrições que se busca impor.

Como corolário da objeção acima, destaca que haveria quebra do princípio da igualdade entre partidos dentro da mesma legislatura, sendo criados, como resultado da lei pretendida, agremiações recém-fundadas de primeira classe, como o Partido Social Democrático, e outras de segunda classe, a surgirem depois de promulgada a lei.

Argui ofensa aos direitos fundamentais de liberdade de criação partidária e ao princípio fundamental do pluralismo político (artigos 1º, inciso V, e 17, cabeça e § 3º, da Carta da República), tal como definidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430, relator ministro Dias Toffoli, julgada em 29 de junho de 2012 (acórdão pendente de publicação). Cita o precedente como principal base de apoio e aponta a apresentação do projeto legislativo como uma reação ao que fora decidido pelo Supremo.

**Fundamentos da liminar deferida**

Em 24 de abril de 2013, o ministro Gilmar Mendes deferiu a liminar, determinando a suspensão da tramitação do projeto de lei até o julgamento de mérito do mandado de segurança.

Sua Excelência mencionou precedentes do Supremo em que reconhecida a possibilidade de controle de constitucionalidade prévio dos atos legislativos e a legitimidade ativa dos parlamentares para provocar esse controle por meio de mandado de segurança. Destacou que esse controle tem sido admitido em situações excepcionais, quando “há flagrante desrespeito ao devido processo legislativo e aos direitos fundamentais”. Nesses casos, consoante Sua Excelência, a discricionariedade das medidas políticas não pode impedir o controle

**MS 32033 / DF**

judicial.

Assentou que o Supremo deve examinar a regularidade do processo legislativo, sempre tendo em vista eventual afronta à Constituição, sobretudo aos direitos fundamentais. Advertiu que a feição deste caso requer maior rigor na apreciação do cabimento da ação e cuidado redobrado para deferimento de medida liminar, haja vista o elevado potencial de tensão para a harmonia e independência dos Poderes. Nesse sentido, ressaltou a conveniência da autocontenção judicial, evitando que o Judiciário venha a definir as “pautas do Legislativo”, sob pena de obstaculizar a devida realização do próprio projeto constitucional.

Não obstante essas premissas teóricas de cautela institucional, concluiu pela pertinência da impetração, citando o Mandado de Segurança nº 20.257/DF, Pleno, redator do acórdão ministro Moreira Alves, julgado em 8 de outubro de 1980. Consignou “a peculiaridade de a tramitação aparentemente ocorrer em sentido diametralmente oposto à diretriz traçada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4430”.

Fez ver que a “intenção do projeto é impedir que os parlamentares, ao criarem novas legendas, levem consigo as suas respectivas ‘cotas de representatividade’, ou seja, carreguem para o novo partido o que equivaleria às suas participações em termos de valores do fundo partidário e de tempo de propaganda eleitoral no horário gratuito de rádio e de televisão distribuído aos partidos”. Evocou as decisões concernentes às Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351 e 1.354, de minha relatoria, nas quais assentada a inconstitucionalidade desse propósito legislativo.

Disse do tratamento desigual de parlamentares e partidos políticos, em uma mesma legislatura, promovido pela pretensa lei, de maneira a acarretar interferência “ofensiva à lealdade da concorrência democrática, afigurando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos”.

Reiterou que o projeto de lei atacado afronta “diretamente a interpretação constitucional veiculada pelo Supremo Tribunal Federal no

**MS 32033 / DF**

juízo de julgamento da ADI 4.430, Rel. Min. Dias Toffoli, a qual resultou de gradual evolução da jurisprudência da Corte”. Fundamentando a conclusão, citou o pronunciamento atinente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797 – relator ministro Sepúlveda Pertence, acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 de dezembro de 2006 – em que declarada a inconstitucionalidade da tentativa de o legislador superar interpretação constitucional fixada previamente pelo Tribunal. Ressalvou ter ficado vencido na ocasião.

No âmbito do risco, apontou a “singular celeridade da tramitação” do projeto, considerando ainda o impacto da proposição legislativa sobre as mobilizações políticas voltadas à criação e fusão de novos partidos. Relembrou a importância de as regras eleitorais serem claras e aplicadas de modo isonômico e uniforme em relação ao próximo pleito.

Ressaltando a excepcionalidade do caso, a extrema velocidade de tramitação do projeto em detrimento da adequada reflexão e ponderação que devem nortear a deliberação de projetos da espécie, o caráter casuístico da proposta em prejuízo das minorias políticas e da própria democracia e o descompasso entre a proposição legislativa e a decisão do Supremo na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430, concluiu pela violação a direito público subjetivo do impetrante de não se submeter a processo legislativo inconstitucional, deferindo o pedido de liminar.

**Das informações do Presidente da Câmara dos Deputados**

Em 30 de abril de 2013, o Presidente da Câmara dos Deputados prestou informações, sustentando, em síntese, a tramitação regular do projeto de lei questionado, observados os ditames constitucionais e regimentais.

Narrou que, em 16 de abril de 2013, foi aprovado pela maioria absoluta dos membros da Casa, com 259 votos favoráveis, o Requerimento de Urgência nº 7.494, de 2013, para tramitação do aludido projeto, o qual, em 23 seguinte, veio a ser aprovado definitivamente em sessão deliberativa extraordinária, seguindo para votação no Senado.

**MS 32033 / DF**

Enfatizou, alfim, veicular-se, na impetração, verdadeiro pedido de controle judicial em abstrato de constitucionalidade, o que seria possível apenas se envolvido o artigo 60, § 4º, da Carta da República.

**Das informações do Presidente do Senado Federal**

Em 3 de maio de 2013, o Presidente do Senado também prestou informações. Aduziu a inadequação da via eleita, apontando-a como sucedânea de ação direta de inconstitucionalidade. Destacou a intenção do impetrante de obter a declaração de inconstitucionalidade do projeto de lei em razão de possível incompatibilidade com a Constituição e a decisão alusiva à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430.

Disse da necessidade de uma postura de autorrestrição judicial pelo Supremo em favor da liberdade de conformação do Legislativo quanto à disciplina do funcionamento dos partidos políticos.

Asseverou que o esvaziamento precoce da discussão do projeto de lei implica a cassação do poder de deliberação do Parlamento, o que coloca em risco a própria estabilidade das instituições democráticas. Não caberia, portanto, o controle de constitucionalidade preventivo. Alegou que a segurança pretendida inibiria “meras intenções”, considerado o processo legislativo ainda em andamento.

No tocante à liminar implementada, afirmou que a suspensão do processo legislativo no estágio em que se encontra importou na impossibilidade de o Senado Federal exercer o papel de “Casa Revisora”, ignorando-se que poderia efetivamente modificar o projeto de lei questionado.

Salientou a inviabilidade de extensão dos efeitos vinculantes do pronunciamento do Supremo na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430 em relação ao Poder Legislativo. Citou como precedente o Agravo Regimental na Reclamação nº 2.617/MG, relator ministro Cezar Peluso, julgado em 23 de fevereiro de 2005.

Quanto à questão de fundo, buscou demonstrar a constitucionalidade do conteúdo do projeto de lei.

**MS 32033 / DF**

Pediu a extinção do processo sem resolução de mérito e, sucessivamente, o indeferimento da ordem.

**Do Parecer do Procurador-Geral da União**

Em 13 de maio de 2013, o Procurador-Geral da União opinou pela admissibilidade da impetração e concessão da segurança.

Observou que a verificação da possibilidade de parlamentar obter do Supremo ordem de sustação de processo legislativo em curso deve ocorrer no momento de análise do mérito da impetração.

Salientou que a tramitação do projeto de lei, por si só, leva insegurança ao meio político parlamentar, considerados os efeitos sobre as perspectivas de viabilidade prática de novas agremiações e o avizinhamento das eleições nacionais e estaduais. Esclareceu tratar a proposta legislativa da distribuição de tempo de exposição em rádio e televisão, assim como da repartição de recursos financeiros do fundo partidário, em termos prejudiciais aos partidos que venham a ser criados.

Sustentou estar o teor do projeto em descompasso com a óptica prevalente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430, da relatoria do ministro Dias Toffoli, resultando, então, em ofensa aos mesmos princípios constitucionais resguardados por aquele ato.

Disse da impossibilidade de lei ordinária superar a interpretação fixada pelo Supremo, à luz da Carta Federal, relativamente a determinada questão, asseverando que essa dinâmica teria como consequência sujeitar a inteligência do Tribunal em matéria constitucional ao referendo do legislador.

Realçou que, ante a expressa vedação constitucional à deliberação sobre proposta de emenda contrária a cláusulas pétreas e a pacífica jurisprudência do Tribunal com relação à legitimidade ativa do parlamentar para impetrar mandado de segurança visando obstar o andamento do processo legislativo nessas situações, tais precedentes sinalizariam que os mesmos agentes políticos podem impugnar a tramitação de projetos de lei com idêntico vício, na linha do que decidido



**MS 32033 / DF**

no Mandado de Segurança nº 24.667, da relatoria do ministro Carlos Velloso. Apontou ser esse o caso versado neste processo, articulando com a ofensa ao princípio do pluralismo político e ao sistema partidário dele decorrente. Alegou que conclusão diversa resultaria em afronta à Carta da República.

**Do agravo da Mesa do Senado Federal**

Em 25 de abril de 2013, a Mesa do Senado Federal interpôs agravo contra a decisão liminar. Repetiu quase todos os argumentos das informações do Presidente do Senado.

Acrescentou que a “singular celeridade da tramitação” do projeto, mencionada pelo relator como justificativa do implemento da medida acauteladora, é necessária para definir, o mais breve possível, as regras eleitorais de regência alusivas ao pleito de outubro de 2014, de modo a assegurar a adequação tempestiva de todos às novas regras. Registrou o estranhamento diante da premissa, porque, segundo afirmou, a citada celeridade, uma vez observadas as regras constitucionais e regimentais pertinentes, significa atuação eficiente e regular exercício do mister constitucional do Parlamento. A decisão teria gerado estado de insegurança jurídica.

**Do agravo da União**

Em 15 de maio de 2013, a União interpôs agravo.

Arguiu a inadequação da via eleita, sustentando o uso da ação mandamental como sucedânea de ação direta de inconstitucionalidade. Destacou a ausência de direito líquido e certo do parlamentar porquanto inexistente violação do devido processo legislativo.

Defendeu a constitucionalidade do conteúdo do projeto de lei, asseverando ser voltado a evitar a prática do comércio de filiações partidárias em troca de mais tempo relativo ao “direito de antena” e de

**MS 32033 / DF**

mais recursos do fundo constitucional partidário. O propósito legislativo seria o de valorizar os partidos políticos.

Ressaltou, como fez a Mesa do Senado, a inviabilidade de os efeitos vinculantes da decisão do Supremo na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430 alcançarem o Poder Legislativo.

Menciono os precedentes do Tribunal, ressaltando que, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF e nº 1.354/DF, das quais fui relator, o Tribunal examinou, após o devido processo legislativo instrumental e substancial, preceitos da Lei nº 9.096/1995, presente, é certo, a busca da preservação da salutar, para a democracia, minoria.

Esclareço que, apenas em uma das impetrações a seguir referidas, a pretensão esteve voltada contra projeto de lei, a de nº 24.138, relator ministro Gilmar Mendes. Consta, no extrato de ata do julgamento ocorrido em 28 de novembro de 2002, terem estado ausentes eu próprio e os ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Nelson Jobim. Na oportunidade, não houve debate e decisão quanto à admissibilidade do instrumental, sendo que a ordem foi indeferida, nas palavras do relator, ante o risco de comprometimento do amplo modelo de controle repressivo de constitucionalidade, que vigora entre nós, e do sistema de divisão de poderes estabelecido na Constituição.

Cito os precedentes:

**Mandado de Segurança nº 20.257** - redator do acórdão ministro Moreira Alves – julgamento em 8 de outubro de 1980.

Contra proposta de emenda constitucional (prorrogação de mandatos eletivos).

Aduzida matéria vedada para deliberação (violação da Federação e da República).

Admitido e indeferida a ordem.

**Mandado de Segurança nº 20.452** - relator ministro Aldir Passarinho – julgado em 7 de novembro de 1984.

**MS 32033 / DF**

Contra proposta de emenda constitucional (Emenda Dante de Oliveira).

Arguido vício do processo legislativo – quórum constitucional de aprovação.

Admitido e indeferida a ordem.

**Mandado de Segurança nº 21.642** - relator ministro Celso de Mello (Presidente) – julgado em 25 de janeiro de 1993.

Negado seguimento pelo relator.

**Mandado de Segurança nº 21.754** – de minha relatoria – julgado em 7 de outubro de 1993.

Contra o Projeto de Resolução nº 3, de 1993, do Congresso Nacional voltado à realização da Revisão Constitucional de que trata o artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Afirmado vício do processo legislativo – não observância do quórum regimental exigido para a leitura do Projeto de Resolução.

A maioria do Pleno julgou inadequado o mandado de segurança por entender configurada necessidade de interpretação do Regimento Interno, desautorizada a via utilizada ante a natureza “interna corporis” da deliberação do Congresso.

**Mandado de Segurança nº 22.503** – de minha relatoria – julgado em 8 de maio de 1996.

Contra proposta de emenda constitucional (Reforma da Previdência).

Afirmado vício do processo legislativo – identidade entre autor e relator, presença de propostas rejeitadas e inéditas em emendas aglutinativas.

Liminar concedida pelo relator.

Mandado de segurança não admitido em relação à violação de normas regimentais, admitido quanto às normas constitucionais e indeferida a ordem.

**MS 32033 / DF**

**Mandado de Segurança nº 22.972** - relator ministro Néri da Silveira – julgado em 18 de dezembro de 1997.

Contra proposta de emenda constitucional (institui o Parlamentarismo pós-plebiscito).

Sustentada matéria vedada para deliberação (violação de cláusula pétrea).

O relator admitiu a impetração e indeferiu a liminar. O colegiado não julgou a ação.

**Mandado de Segurança nº 21.311** - relator ministro Néri da Silveira – julgado em 13 de maio de 1999.

Contra proposta de emenda constitucional (institui pena de morte).

Aduzida matéria vedada para deliberação (violação de cláusula pétrea).

O relator julgou prejudicado por perda de objeto (a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação rejeitou a proposta, que foi arquivada).

**O aludido Mandado de Segurança nº 24.138** - relator ministro Gilmar Mendes – julgado em 28 de novembro de 2002.

Contra proposta de lei ordinária (alteração da CLT – artigo 618).

Alega ofensa ao artigo 60, § 4º, da Constituição (violação de cláusula pétrea – controle prévio de constitucionalidade).

O Pleno indeferiu a ordem.

**Mandado de Segurança nº 24.576** - relatora ministra Ellen Gracie – julgado em 27 de junho de 2003.

Contra proposta de emenda constitucional (Reforma da Previdência – tributação dos inativos).

Articulado com matéria vedada para deliberação (violação de cláusula pétrea).

A relatora negou seguimento por falta de legitimidade ativa do impetrante: a ação não foi proposta por parlamentar.

**MS 32033 / DF**

**Mandado de Segurança nº 24.593** - relator ministro Maurício Corrêa – julgado em 31 de julho de 2003.

Contra proposta de emenda constitucional (Reforma da Previdência – tributação dos inativos).

Aduzida matéria vedada para deliberação (violação de cláusula pétrea).

O relator negou seguimento por falta de legitimidade ativa do impetrante: a ação não foi proposta por parlamentar.

**Mandado de Segurança nº 24.645** - relator ministro Celso de Mello – julgado em 21 de novembro de 2003.

Contra proposta de emenda constitucional (Reforma Tributária).

Apontada matéria vedada para deliberação (violação de cláusula pétrea).

O relator indeferiu a liminar e depois julgou prejudicada ação por perda de objeto (o pedido restringia-se a suspender o processo na Câmara e este já se encontrava no Senado).

**Mandado de Segurança nº 24.642** - relator ministro Carlos Velloso – julgado em 18 de fevereiro de 2004.

Contra proposta de emenda constitucional (limite máximo de remuneração de servidores).

Afirmados vícios procedimentais – artigo 60, § 2º, da Constituição (votação em turno único).

O Pleno admitiu a impetração e indeferiu a ordem.

Não estamos a falar de lei, mas de projeto ainda em tramitação – tramitação suspensa, na casa revisora, por liminar. Em síntese, foi afastado o curso do processo legislativo.

O caso é de inadequação do mandado de segurança.

A leitura da inicial, consideradas as premissas veiculadas e os fundamentos desenvolvidos, revela inequívoca pretensão do impetrante de obter o controle de constitucionalidade material prévio da lei a ser

**MS 32033 / DF**

aprovada. O pedido de suspensão da tramitação do projeto decorreu exclusivamente de discordância quanto ao conteúdo deste, quanto à questão de fundo. Não foi apontado vício procedimental, apenas material – violação aos artigos 1º, inciso V, 17, cabeça e § 3º, da Carta da República, tal como interpretados na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430, relator ministro Dias Toffoli, julgada em 29 de junho de 2012, acórdão pendente de publicação. Na decisão que implicou o deferimento da liminar, ficou consignado que a lei, se aprovada, será inconstitucional por supostamente resultar em afronta a esses preceitos constitucionais. Evidencia-se, então, a busca do controle prévio de constitucionalidade.

Na petição inicial, o impetrante, em momento algum, argui vício na tramitação do processo legislativo, o que poderia legitimar a impetração do mandado de segurança, conforme a jurisprudência do Supremo. Ao contrário, a todo tempo, sustenta que a irregularidade advém do conteúdo do projeto, das restrições propostas. Afirma direito subjetivo fundamental de não ser compelido a participar, consoante assevera, como coautor e copartícipe de:

[...] projeto de lei que inaceitavelmente está sendo utilizado, de modo casuístico, como subalterna forma de impedir, concretamente, que determinados movimentos políticos, engajados em legítimo projeto de fundação de agremiação partidária e facilmente identificáveis, possuam força (financeira e de mídia) no próximo pleito de 2014, disputando-a em pé de igualdade com os demais partidos, tal como lhes assegura a Constituição da República, nos termos do que assentado, poucos meses atrás, por este Supremo Tribunal Federal.

O julgamento referido é o concernente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430.

A única justificativa apresentada para a inviabilidade da tramitação é não poderem ser objeto de deliberação e de disposição pela maioria parlamentar propostas passíveis de prejudicar “direitos fundamentais de

**MS 32033 / DF**

determinados grupos políticos minoritários (...), retirando-lhes, de forma anti-isonômica, prerrogativas que, nos termos do já decidido por este Supremo Tribunal Federal, integram a própria ideia de democracia constitucional, de pluralismo político e de liberdade material de criação partidária”.

Não há, e é muito fácil ver, qualquer argumento de violação ao devido processo legislativo a respaldar a admissibilidade do mandado de segurança. Conforme destaquei, existem apenas premissas e fundamentos que poderiam ser lançados contra a lei promulgada, por meio do controle de constitucionalidade repressivo. A tentativa de uso do mandado de segurança como instrumento de controle abstrato e prévio de constitucionalidade material é inequívoco, impondo a rejeição.

O impetrante procura contornar esse obstáculo dando enfoque impróprio à jurisprudência do Supremo, em especial ao que decidido no Mandado de Segurança nº 20.257/DF, redator do acórdão ministro Moreira Alves, julgado em 8 de outubro de 1980. Ressalta que o Supremo não fez diferenciação entre projetos de lei e propostas de emenda à Constituição para viabilizar o controle prévio material. A alegação não procede. No voto vencedor, o ministro Moreira Alves – a quem não me canso de render homenagem –, ainda sob a égide da ordem constitucional anterior, fez ver:

Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao

**MS 32033 / DF**

contrário será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra.

Diversa, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57<sup>4</sup>) ou a sua deliberação (como na espécie<sup>5</sup>). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer cheque à deliberação, proibindo-a, taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

O voto do ministro Moreira Alves não deixa dúvida de que o Supremo não admitiu, como ainda não admite, controle prévio de constitucionalidade de projeto de lei por ofensa a princípios constitucionais. Sob a égide da Carta anterior, era possível impetrar mandado de segurança para obstaculizar a deliberação quando a Carta assim determinava, como fazia em relação às normas sobre o processo legislativo. O que mudou com a Constituição de 1988? Foi ampliado o rol de matérias que não podem ser objeto de deliberação por emenda constitucional, as chamadas cláusulas pétreas, versadas no artigo 60, § 4º.

---

4 Constituição de 1967, com a redação dada pela EC 1, de 1969:

Art. 57. É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que: (...)

*Parágrafo único.* Não serão admitidas emendas que aumentem a despesa prevista:

a) nos projetos cuja iniciativa seja da exclusiva competência do Presidente da República; ou

b) nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e dos Tribunais Federais.

5 Constituição de 1967, com a redação dada pela EC 1, de 1969:

Art. 47. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

§ 1º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.



**MS 32033 / DF**

Trata-se de situação taxativa em que a Carta autoriza o controle de constitucionalidade prévio. O constituinte originário expressamente excluiu, da revisão ou reforma constitucional, certas matérias, atraindo a intervenção judicial no caso de descumprimento por parte do poder constituinte derivado.

Quanto aos processos legislativos ordinários, não há previsão constitucional a permitir o controle de constitucionalidade do conteúdo dos projetos de lei, ainda que sob o argumento de desrespeito a princípios constitucionais ou a direitos fundamentais. Os projetos de lei apenas são impugnáveis, via mandado de segurança impetrado por parlamentar, quando e se verificada a inobservância a dispositivos regimentais, legais ou constitucionais que disciplinam o processo legislativo. O sistema constitucional continua a ser de “todo avesso” a essa possibilidade, considerada “hipótese excepcionalíssima” até mesmo diante de emendas constitucionais (Mandado de Segurança nº 23.047/DF, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 11 de fevereiro de 1998).

Em duas oportunidades, implementei liminares para suspender a tramitação de processos legislativos, mas nenhum dos casos envolveu projeto de lei e controle do conteúdo da proposta.

No Mandado de Segurança nº 21.754/RJ, tendo por objeto ato da Mesa do Congresso Nacional, que prosseguiu com sessão de leitura do Projeto de Resolução nº 3, de 1993, versando sobre os trabalhos de revisão constitucional de que trata o artigo 3º das Disposições Constitucionais Transitórias, os impetrantes alegaram ausência do quórum regimental exigido para apreciação. Pleitearam fosse sustada a tramitação do mencionado Projeto ante o vício procedimental. Deferi liminar por entender não se cuidar, na espécie, de pedido de modificação de ato “interna corporis”, mas do propósito de preservar o cumprimento do Regimento Interno do Congresso Nacional. Consignei a competência do Supremo para verificar, em determinado quadro, o atendimento às regras internas que regulam o processo legislativo. Assentei que a deliberação no tocante à conveniência e à oportunidade, considerados os atos de qualquer das Casas Parlamentares ou decorrentes da atuação conjunta,

**MS 32033 / DF**

faz-se no estrito campo político, ficando excluída a atuação judicante. Quanto ao cumprimento objetivo das regras do Regimento Interno, a intangibilidade da ordem jurídica justifica a intervenção do Supremo. Na situação concreta, foram demonstrados, a partir das notas taquigráficas da sessão legislativa, a falta de quórum e o vício do processo. Em 7 de outubro de 1993, no julgamento colegiado de agravo interposto, destaquei que a espécie não dizia respeito a controle do “conteúdo de ato praticado sob o ângulo da conveniência e da oportunidade”, o que eu não admitiria, mas a transgressão objetiva de norma regimental. A sempre ilustre maioria julgou inadequado o mandado de segurança por entender configurada a necessidade de interpretação do Regimento Interno e desautorizada a via utilizada ante a natureza “interna corporis” da deliberação do Congresso. O acórdão foi redigido pelo ministro Francisco Rezek.

No Mandado de Segurança nº 22.503 /DF, os impetrantes buscaram infirmar ato do Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados relacionado à Proposta de Emenda à Constituição nº 33-A, de 1995, versando sobre o Sistema de Previdência Social. Apontaram vício de procedimento consubstanciado na coincidência entre a autoria e a relatoria de emenda aglutinativa – na ocasião, o relator, então deputado Michel Temer, assumiu, em Plenário, ter sido um dos autores da proposta de emenda. Sustentaram que a emenda aglutinativa incluía dispositivos já rejeitados e novas proposições. Pediram fosse liminarmente suspensa a tramitação do processo legislativo em face dos diferentes vícios formais. Ressaltei não se estar diante de discussão de atos “interna corporis”, de procedimento circunscrito ao âmbito da conveniência política, da discricionariedade parlamentar. Tratava-se, sim, de desprezo ao processo legislativo, até mesmo no tocante ao regramento constitucional. Fiz ver a ausência de envolvimento do “mérito do que contido em proposta de emenda constitucional, a conveniência e oportunidade de estabelecer-se certo regramento, mas sim a tramitação daquela”. Assentei a violação ao artigo 60, § 5º, da Carta e a normas do Regimento Interno do Congresso, configurada lesão ao devido processo legislativo a autorizar o

**MS 32033 / DF**

implemento da liminar. Submetida a decisão ao Pleno do Supremo, a maioria concluiu pela inadequação do mandado de segurança relativamente ao questionamento concernente às normas regimentais, porque se mostraria indispensável a interpretação do Regimento Interno, ato de natureza “interna corporis” do Congresso e imune à análise judiciária. Admitiu a impetração quanto à suposta ofensa ao artigo 60, § 5º, mas indeferiu a ordem. O ministro Maurício Corrêa redigiu o acórdão.

Vale notar que, nos casos apreciados, não se fez em jogo controle prévio de projeto de lei nem controle do conteúdo das propostas legislativas. Ambas as impetrações tiveram por causa supostos vícios do processo legislativo consideradas propostas de revisão ou modificação do texto constitucional. Não servem, portanto, de precedentes para defesa de controle prévio de conteúdo de projetos de leis. Ao contrário, mesmo se restringindo os mandados de segurança a impugnar apontados vícios de procedimento, a maioria julgou-os com cautela e ampla deferência ao campo de deliberação parlamentar, inclusive não admitindo a impetração acerca da aplicação das normas regimentais. Fiquei vencido por vislumbrar transgressão às regras disciplinadoras do processo legislativo, mas sempre consignando a visão contrária ao controle judicial prévio do conteúdo dos atos praticados no âmbito da conveniência política.

Então, muito diferente do que defende o impetrante e do que consta do parecer do Procurador-Geral da República, a jurisprudência do Supremo, em consonância com o disposto no texto da Constituição, não sinaliza a viabilidade de os agentes políticos impugnarem a tramitação de projetos de lei por violação a princípios constitucionais e direitos fundamentais. No julgamento do Mandado de Segurança nº 24.667, da relatoria do ministro Carlos Velloso, citado no aludido parecer, o Tribunal restringiu o controle prévio de constitucionalidade das leis aos parâmetros normativos superiores acerca do processo legislativo. É possível controlar este último se versar tema que a Constituição exclui do campo passível de deliberação, mas não se admite a formalização da ação mandamental para exame da validade do conteúdo de projeto de lei que trate de matéria que a Carta da República permite seja apreciada pelo

**MS 32033 / DF**

Congresso. No caso, a disciplina do funcionamento dos partidos, como desenvolvimento político ordinário dos princípios constitucionais articulados, é questão livre à análise parlamentar, afastado o controle prévio, ficando a legitimidade constitucional de eventual lei sujeita ao controle repressivo pelo Supremo.

Não impressiona a afirmação da Procuradoria “se não se pode o mais, não se pode o menos”, na tentativa de explicitar a extensão da possibilidade do controle prévio de emenda, por afronta a cláusula pétrea, aos projetos de lei. A objeção textual, no sentido da falta de previsão constitucional expressa, por si só, basta. Há mais: uma razão de caráter ontológico. O processo de aprovação de emendas corresponde ao momento de reforma do texto constitucional, de modificação dos parâmetros de validade de toda ordem jurídica nacional. Em se tratando dos riscos de alteração da Constituição, é necessário que o controle sobre essa atividade seja reforçado considerados os aspectos fundantes da ordem constitucional e a defesa da identidade do pacto originário. No tocante aos projetos de lei, os poderes políticos interpretam e aplicam a Constituição no tráfego cotidiano. Isso não implica mudança do texto constitucional, apenas o desenvolvimento legislativo do conteúdo normativo da Carta – o desenvolvimento político do projeto constitucional. Nessa última situação, amolda-se perfeitamente o controle repressivo exercido pelo Supremo, se provocado, permitida a plena deliberação anterior do Parlamento. Essa é a estrutura de um Estado que pretenda ser constitucional e democrático, linearmente.

Ante essas razões de política constitucional, o constituinte originário foi sábio em restringir o controle de constitucionalidade material prévio aos processos de reforma constitucional, dimensionando e delimitando o sistema de jurisdição constitucional à luz do princípio de separação de Poderes. No caso concreto, em razão da ausência de norma constante do Diploma Maior indicativa de expressa proibição ao processamento do projeto de lei atacado e em virtude da amplíssima abertura semântica e axiológica dos preceitos constitucionais ditos violados, é estreme de dúvida que, se admitida a plena discussão sobre a constitucionalidade do

**MS 32033 / DF**

projeto no âmbito deste mandado de segurança, restará, na linha destacada pelo ministro Gilmar Mendes, da relatoria do Mandado de Segurança nº 24.138/DF, julgado em 28 de novembro de 2002, “comprometido não só o modelo de controle repressivo amplo existente entre nós, mas o próprio sistema de divisão de poderes estabelecido na Constituição.” O uso dessa via, sempre extrema e, por isso, necessariamente excepcional, não pode ser banalizado.

Além do mais, considerada a disciplina constitucional de todo abrangente acerca dos direitos fundamentais e da organização da Federação, incluída a distribuição de competências legislativas, é de se refletir o que revelaria, para o sistema político nacional e a indispensável harmonia entre os poderes, a possibilidade de intervenção precoce do Supremo sobre a atuação do Congresso sempre que envolvidos esses temas. Basta pensarmos no volume de ações diretas com pedido de declaração de inconstitucionalidade de leis e de atos normativos por violação a direitos fundamentais e a regras de organização do estado federativo. Em prevalecendo a tese autoral, esse número passará a representar os mandados de segurança impetrados contra projetos de leis que, presumidamente, violem essas cláusulas pétreas, de modo a lançar o Supremo dentro do processo legislativo ordinário, tornando-o um dos partícipes dessa deliberação, com autêntico poder de veto prévio.

Trata-se de absoluta inversão do sistema de controles recíprocos estruturado pelo constituinte originário. Pensando essa amplitude da disciplina constitucional primária acerca dos direitos fundamentais e da repartição, sob a óptica tanto vertical como horizontal, das competências legislativas e administrativas, além de outros temas envolvendo o § 4º do artigo 60 da Carta da República, é de se afirmar que o Supremo viria a desempenhar primordialmente o papel de censor do processo legislativo ordinário e não das leis e atos normativos já produzidos pelos poderes políticos. Não haveria limite para a interferência do Tribunal no tocante aos trabalhos legislativos em desenvolvimento, podendo qualquer ministro, individualmente, mediante liminar, exercer veto sobre todo o Congresso Nacional quanto ao que pode ou não deliberar. O processo

**MS 32033 / DF**

democrático cotidiano de atuação parlamentar teria, em cada um de nós, um árbitro ao qual seria permitido paralisá-lo, contra a vontade dos próprios titulares, em razão do conteúdo das decisões legislativas ainda em andamento. Em síntese, a vingar a tese defendida na impetração, mesmo que tenha o propósito de assegurar maior proteção às cláusulas pétreas, acabará ferindo de morte aquela que visa garantir e dar eficácia às demais e a toda ordem constitucional – a da separação de poderes.

Os parâmetros objetivos do caso concreto não revelam a busca de proteção do devido processo legislativo, mas a pretensão de impedir o debate parlamentar legítimo, no Senado, sobre regras partidárias que, se aprovadas, aí sim, poderão ser questionadas no Supremo, sob a alegação de afronta a princípios constitucionais, por meio da via judicial repressiva adequada, como prevê o texto da Carta. Ao Supremo descabe obstaculizar a deliberação parlamentar – a mais democrática das práticas institucionais – relativamente a um tema porque discorda do conteúdo de eventual lei aprovada. Nesse estágio do processo legislativo, o Supremo não está autorizado, mediante mandado de segurança ou qualquer outra medida, julgar questão de fundo de projeto em tramitação.

Por esses motivos, concluo cuidar-se de pedido de controle prévio de constitucionalidade material de lei futura, e não de tutela de direito subjetivo público do parlamentar. Então, assentando a impropriedade da via eleita, preconizo a extinção do processo sem apreciação do mérito.

Admitindo a sempre ilustrada maioria o curso do mandado de segurança, indefiro a ordem.

O impetrante articula com a ofensa aos direitos fundamentais de liberdade de criação partidária e ao princípio fundamental do pluralismo político (artigos 1º, inciso V, e 17, cabeça e § 3º, da Carta da República), tal como definidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430, relator ministro Dias Toffoli, julgada em 29 de junho de 2012 (acórdão pendente de publicação). Esse precedente do Supremo é fundamento relevante da impetração.

Na decisão liminar, o relator concluiu pela pertinência do mandado

**MS 32033 / DF**

de segurança, destacando a peculiaridade de a tramitação aparentemente ocorrer em sentido diametralmente oposto ao decidido pelo Supremo no julgamento da aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430. Para implementar a medida acauteladora, apontou a inconstitucionalidade do conteúdo do projeto porque afronta “diretamente a interpretação constitucional veiculada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.430”.

Em síntese, lançou a premissa de não ser aceitável que sobrevenha lei em sentido contrário à interpretação do Supremo sobre determinado preceito constitucional, ou seja, lei que confira interpretação ao texto constitucional diversa da formalizada pelo Tribunal. A pretensão legislativa justificaria suspender a tramitação do projeto. Ocorreu referência a julgamento do Supremo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 15 de setembro de 2005, embora tenha ressalvado voto vencido.

O fundamento alcança, inegavelmente, a vinculação do Poder Legislativo ao que decidido pelo Supremo em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

Acontece que o aludido precedente não revela a óptica atual do Supremo quanto ao tema. Em decisão posterior, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772/DF, redator do acórdão ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 29 de outubro de 2008, concluiu-se em sentido diametralmente oposto ao que formulado na mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, admitindo-se a possibilidade de o legislador alterar a interpretação constitucional anterior. Também se entendeu constitucional o exercício concreto.

Em diversas ocasiões<sup>6</sup>, o Supremo havia fixado a interpretação de que a expressão “funções de magistério”, prevista no § 5º do artigo 40 da

---

6 Entre outras, Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 152/MG, relator ministro Ilmar Galvão, julgada em 18 de março de 1992, acórdão publicado no Diário da Justiça de 24 de abril de 1992, nº 122/DF, relator ministro Paulo Brossard, julgada em 18 de março de 1992, acórdão publicado no Diário da Justiça de 16 de junho de 1992, e nº 2.253/ES, relator ministro Maurício Corrêa, julgado em 25 de março de 2004, acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de maio de 2004.

**MS 32033 / DF**

Constituição Federal, para efeito de cômputo de tempo de aposentadoria especial relativa à carreira de professor, deveria ser compreendida estritamente como “funções de docência exercidas em sala de aula”. O Tribunal chegou a editar o Verbete nº 726 da Súmula, estampado que, “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de sala de aula”<sup>7</sup>. Assim, o profissional “professor” não poderia contar, para a aposentadoria especial da carreira, o tempo de atividade de caráter administrativo na área de educação, como a atividade de diretor de escola ou de coordenador escolar, sendo válido apenas o tempo de ensino propriamente dito – em sala de aula.

Essa orientação foi posteriormente desafiada pela Lei federal nº 11.301, de 2006, segundo a qual “funções de magistério”, para efeito de concessão de aposentadoria especial aos professores, deveriam ser compreendidas como as “exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas”, incluídas, “além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.” Ao expandir o sentido da expressão constitucional “funções de magistério” para alcançar “serviços educacionais prestados fora de sala de aula” – direção, coordenação e assessoramento pedagógico –, o legislador ordinário, a toda evidência, procurou reverter a interpretação constitucional anteriormente consolidada pelo Supremo.

A lei foi impugnada por meio da citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772. O autor – Procurador-Geral da República – sustentou que a norma implicou inobservância aos precedentes do Supremo, inclusive ao Verbete nº 726. O Supremo recusou os argumentos e reconheceu a superação, mediante lei ordinária, da interpretação anterior do artigo 40, § 5º, da Carta Federal, modificando, ele mesmo, a orientação antecedente quanto ao tema. Entrou no debate sobre os significados constitucionais com o legislador ordinário e permitiu que a Constituição fosse desenvolvida e concretizada também na arena parlamentar, exatamente como deve ocorrer em uma democracia real.

---

7                    Verbete nº 726 da Súmula do Supremo, Sessão Plenária de 26 de novembro de 2003, Diário da Justiça de 11 de dezembro de 2003.



**MS 32033 / DF**

Essa postura do Supremo foi defendida veementemente pelo ministro Gilmar Mendes na mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, o que creio mostrar-se a direção correta a ser tomada neste caso, haja vista o precedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772. Em que pese a maior importância dos princípios constitucionais em jogo neste mandado de segurança, comparados à questão de fundo da citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772, ainda assim não há motivo para mudança de orientação no tocante ao enfoque interpretativo nesses casos. A aplicação do artigo 102, § 2º, da Constituição, quanto ao alcance subjetivo da eficácia das decisões do Supremo, deve ocorrer de modo linear, não podendo ser diferenciada conforme a matéria julgada – a depender do envolvimento de princípios constitucionais e de direitos fundamentais, estendendo-se os efeitos ao Legislativo em certos casos. A Carta da República não prevê tal eficácia, muito menos a discriminação.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797/DF, o ministro Gilmar Mendes fez uma defesa forte no sentido de descaber encarar a interpretação constitucional como uma tarefa exclusiva do Supremo. Estava em jogo ato do legislador ordinário, por meio da Lei nº 10.628/2002, a desafiar a interpretação anterior do Supremo sobre o tema da “extensão do foro especial por prerrogativa de função para depois do exercício da função pública”. Em um primeiro momento, o Tribunal entendeu que o foro especial por prerrogativa de função seria próprio em relação aos atos praticados durante o exercício da função pública, inclusive se o acusado tiver deixado o cargo público antes do início do inquérito ou da ação penal. Essa óptica constava do Verbete nº 384<sup>8</sup>. Em um segundo momento, julgando o Inquérito nº 687<sup>9</sup>, concluiu que essa solução era incompatível com a interpretação mais límpida que o

---

8            Verbete nº 384 (editado sob a égide da Constituição Federal de 1946): “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

9            Plenário, Questão de Ordem no Inquérito nº 687, relator ministro Sydney Sanches, julgamento em 25 de agosto de 1999, Diário da Justiça de 9 de novembro de 2001.

**MS 32033 / DF**

princípio da isonomia impunha e, desse modo, por unanimidade, cancelou o referido Verbete e passou a recusar o foro privilegiado para ex-exercentes de funções públicas.

Em um terceiro momento, o legislador federal tentou reverter a situação constituída pela nova decisão do Supremo e, com isso, restaurar o estágio do Verbete nº 384. A Lei nº 10.628, de 2002, introduziu o § 1º ao artigo 84 do Código de Processo Penal, estabelecendo expressamente que “a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”.

A maioria julgou a lei inconstitucional por vício formal. O ministro Pertence, relator, qualificou a postura do legislador como “desconcerto institucional” e defendeu a inconstitucionalidade *formal* da lei. Afirmou que, além de fundamentos puramente dogmáticos, “razões de alta política institucional” são impostas ao Tribunal para “repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental”. Exercício legislativo dessa espécie, argumentou, deve ser encarado como pretensão de inverter a leitura do Diploma Maior feita pelo órgão da jurisdição constitucional, uma usurpação do papel institucional da Corte de “guarda da Constituição”.

Na ocasião, votei pela inconstitucionalidade formal, mas não por entender defeso ao legislador superar decisões do Supremo, editando leis que alterem a interpretação anterior do Tribunal. Conclui que as competências originária e recursal do Supremo são previstas de forma exaustiva na Constituição, de modo a impossibilitar, diante da rigidez da Carta, o elasticamento ou o encurtamento – por isso disse do vício formal – desse rol mediante lei. Assim, não havia como assentar a viabilidade de o legislador inovar o campo de atuação do Supremo, como ocorria com a norma então impugnada. Consignei não se tratar de mera interpretação da Lei Fundamental.

O ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelo ministro Eros Grau, discordou da conclusão pela inconstitucionalidade formal da lei e da fundamentação desenvolvida pelo ministro Sepúlveda Pertence para

**MS 32033 / DF**

defender que o legislador ordinário não pode ter a capacidade de interpretação da Constituição excluída pelas decisões do Supremo. Forte na premissa de que o efeito vinculante das declarações de inconstitucionalidade não abrange o legislador, tal como argumentado nas informações do Presidente do Senado, Sua Excelência consignou que o exercício da liberdade de conformação legislativa não pode, em qualquer hipótese, ser considerado uma “ofensa”, um “desaforo”, um “ato injurioso” em face do Supremo. Reafirmou o papel próprio do Legislativo em interpretar a Constituição, do qual decorre a possibilidade de, “eventualmente, superar o entendimento anterior ou provocar um novo pronunciamento da Corte via nova proposta”.

O ministro Gilmar Mendes fez ver que o Supremo deve estar aberto às novas interpretações da Constituição promovidas pelo legislador:

Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a “última palavra” conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o “diálogo”, o debate institucional deve continuar.

Estou de acordo com essas passagens do voto do ministro Gilmar Mendes e acredito que são pertinentes neste caso, servindo a afastar a visão de que o legislador está vinculado aos efeitos do decidido pelo Supremo na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430 e viabilizando, assim, a tramitação do projeto de lei questionado, embora possa ter em tese conteúdo “desafiador” de interpretação anterior do Supremo. A premissa da possibilidade de suspensão da tramitação não é condizente com o que o Tribunal assentou na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772, inexistindo motivo suficiente, então, para mudança tão radical.

É exigência da democracia e das prerrogativas do Legislativo a possibilidade do debate em torno da interpretação da Constituição, sendo-lhe vedado apenas deliberar sobre aquelas matérias que a própria

**MS 32033 / DF**

Carta exclui taxativamente e no âmbito dos processos de reforma constitucional (artigo 60, § 4º). Sabedor da relevância dos momentos de alteração do texto constitucional, o constituinte originário impôs restrições severas ao processo legislativo, inclusive abrindo margem ao controle de constitucionalidade prévio de conteúdo. Fora as situações taxativas de proibição textual de deliberar, específicas quanto aos processos de reforma e revisão da Constituição, o conteúdo dos projetos legislativos não deve sofrer censura judicial prévia, em respeito à independência dos Poderes e ao devido processo político-legislativo.

Ressalto que não há que se falar, na espécie, de violação a quaisquer normas constitucionais, legais ou regimentais do processo legislativo a ensejar a intervenção do Supremo, considerada a apontada celeridade da tramitação do projeto. Como bem destacado pelo Presidente da Câmara nas informações e reconhecido pelo próprio impetrante na inicial, o regime de urgência da tramitação foi requerido e aprovado por maioria absoluta em 16 de abril de 2013, nos termos regimentais. Assim, a celeridade da tramitação em nada afronta o devido processo legislativo, nem mesmo o substantivo, concernente ao grau de reflexão deliberativa, insuscetível de ser avaliado nesta sede. Descabe ao Supremo, em situações como a presente e em um sistema político democrático e de poderes separados, buscar definir a pauta e a velocidade das deliberações do Poder Legislativo. No mais, abre-se um leque de opções político-normativas que se circunscrevem à atuação dos representantes do povo brasileiro – Deputados Federais – e dos Estados – Senadores da República.

Por último, ontem, no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, após aludir à sabatina de Luís Roberto Barroso na caminhada para ocupar uma cadeira neste Tribunal, considerada a aposentadoria do ministro Carlos Ayres Britto, com a mestria de sempre e sob o título “Ativismo Judicial e seus Limites”, Afonso da Silva – José, o pai, o varão – ressaltou que, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, o tema foi a tônica predominante em todas as arguições.

No tópico “Abuso no exercício da função jurisdicional”, com

**MS 32033 / DF**

inexcedível orgulho no que pôde citar outro Afonso da Silva – Virgílio, o filho –, referiu-se à forma de interpretação que Umberto Eco chama de “superinterpretação”, veiculando:

É nessa forma de interpretação ilegítima ou de ativismo judicial distorcido que se encaixam algumas das interferências judiciais no processo legislativo. Grave nesse sentido são as interferências na tramitação de matéria legislativa por decisão monocrática por via de concessão de medida cautelar, como se deu no caso da distribuição do percentual do produto de petróleo (decisão do Min. Luiz Fux), o bloqueio pelo Min. Gilmar Mendes da tramitação do projeto de lei em debate no Senado sobre as regaras de acesso dos partidos políticos à TV e ao fundo partidário e a decisão inusitada do Min. Dias Toffoli exigindo explicação da Câmara dos Deputados acerca do que estava sendo discutido na CCJ, como se a Câmara devesse dar alguma satisfação ao magistrado ou mesmo ao Poder Judiciário a esse respeito. As observações de Virgílio Afonso da Silva sobre a decisão do Min. Gilmar Mendes serve para os outros casos.

E arrematou, com a sabedoria do estudioso, do experiente jurista:

Vamos concluir, voltando ao já novo Ministro, Luís Roberto Barroso, que nos oferece uma síntese expressiva dos fundamentos e limites do ativismo judicial em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:

“A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do

**MS 32033 / DF**

legislador; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas". "Sobre esse último caso, podemos lembrar a interferência no campo da saúde, fornecimento de medicamentos, internação etc. Enfrenta ele a questão sempre suscitada, em favor da autocontenção judicial, qual seja a de que os membros do Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo são agentes públicos eleitos, investidos em seus cargos pela vontade popular, enquanto a atividade criadora do Judiciário e, sobretudo, sua competência para invadir atos dos outros Poderes, devem ser confrontadas como argumento da falta de justo título, e, então, mostra que esse justo título, o fundamento de uma jurisprudência criadora, está no fato de que a Constituição desempenha dois grandes papéis: a) assegurar o jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria; b) mas, como a democracia não se resume ao princípio majoritário, o outro papel da Constituição consiste em proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais voto."

Então, por tudo e para prevalência da independência e harmonia entre os poderes, para o fortalecimento da Democracia com o "d" maiúsculo, que o Supremo, na postura de Supremo, de guarda maior da amada Constituição Federal, reserve-se para atuar, se for o caso, no controle repressivo de constitucionalidade, encerrado o devido processo legislativo, que tem como atores não juízes, mas os representantes do povo brasileiro – os Deputados Federais – e os dos Estados – os Senadores da República – e a Chefe do Executivo Nacional – a Presidenta Dilma Rousseff.

Inadmito o mandado de segurança e, vencido na preliminar, indefiro

**MS 32033 / DF**

a ordem.