



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –
FAJS

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE LEGISLATIVO E
JUDICIAL: ações e reações entre Congresso Nacional e Supremo
Tribunal Federal**

BRASÍLIA
2015

NATÁLIA JORGE E COSTA

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE LEGISLATIVO E
JUDICIAL: ações e reações entre Congresso Nacional e Supremo
Tribunal Federal**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Cursos Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Rodrigo Pereira de Mello

BRASÍLIA

2015

COSTA, Natália Jorge e.

Controle de Constitucionalidade Legislativo e Judicial: ações e reações entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal – Brasília: COSTA, Natália Jorge e, 2015

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Cursos Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Rodrigo Pereira de Mello

Direito Constitucional. 2. Poder Legislativo. 3. Supremo Tribunal Federal. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. Diálogo Institucional.

NATÁLIA JORGE E COSTA

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE LEGISLATIVO E
JUDICIAL: ações e reações entre Congresso Nacional e Supremo
Tribunal Federal**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Cursos
Sociais do Centro Universitário de Brasília -
UnICEUB.

Brasília, 03 de julho de 2015

Banca examinadora:

Professor orientador: Rodrigo Pereira de Mello

Professor Examinador: Betina Günther Silva

Professor Examinador: Christine Oliveira Peter da Silva

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Beatriz e Luiz César, pela fonte de inspiração, exemplo e apoio;

Ao professor Rodrigo Pereira de Mello, por sua imensa dedicação e pelas minuciosas correções e considerações, que engrandeceram este trabalho;

Aos poucos e raros amigos do Centro Universitário de Brasília: vocês tornaram esses anos mais leves e alegres;

A todos aqueles do Centro Universitário de Brasília e da Universidade de Brasília que contribuíram, direta ou indiretamente, para a minha formação e para a consecução desta pesquisa;

Os meus sinceros agradecimentos.

“A democracia não é apenas a lei da maioria, é a lei da maioria que respeita o direito das minorias”.

- Clement Attlee

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CCJC – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

CF – Constituição Federal

MS – Mandado de Segurança

PMDB – Partido do Movimento Democrático do Brasil

PMN – Partido da Mobilização Nacional

PPS – Partido Popular Socialista

RC – Regimento Comum do Congresso Nacional

RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados

RISF – Regimento Interno do Senado Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

RESUMO

O presente trabalho analisa os mecanismos de controle de constitucionalidade dos poderes legislativo e judiciário, com enfoque nas tensões e nos diálogos institucionais travados entre esses poderes. Verificou-se que o Congresso Nacional detém seus próprios mecanismos de controle de constitucionalidade das proposições. Apesar disso, a provocação do STF pelos perdedores do jogo político no parlamento é recorrente. Sobre a ingerência da Corte no processo de tomada de decisões legislativas, os doutrinadores divergem. Uma corrente defende que o STF deve dar a última palavra sobre a constitucionalidade de uma lei, em face de seu tecnicismo e de suas prerrogativas de proteger as minorias e de guardar a Constituição. Já outra corrente preconiza que a palavra final seja do legislativo, pela legitimidade democrática que lhe é conferida. Por meio da análise do Mandado de Segurança 32.033/DF, percebe-se que o aparente dualismo entre democracia e supremacia da Constituição não é necessariamente causa de tensão institucional. Conclui-se que o diálogo pode permear o relacionamento entre legislativo e judiciário. Essa interação é favorecida pela autocontenção do judiciário e pela possibilidade de o legislativo superar as posições da jurisprudência, já que este poder não fica vinculado às decisões da Corte.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Poder Legislativo; Supremo Tribunal Federal; Controle de Constitucionalidade; Diálogo Institucional.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the mechanisms of constitutional review from the legislative and judiciary powers, focusing on the institutional tensions and dialogues between these branches. It has been verified that the Brazilian National Congress has its own mechanisms of reviewing law proposals. Despite of that, those that lost the political game in Parliament usually appeal to the Supreme Court. Scholars have different opinions about the interference of the Court in the parliamentary decision-making process. One group of professors advocate that the Supreme Court should have the last word about the constitutionality of a law, due to the technical knowledge of the judges and its attributions to protect the minorities' rights and safeguard the Constitution. Another group supports that the legislative should have the last word, because of its democratic legitimacy. After analyzing a specific writ (MS 32.033/DF), one can see that the hypothetical dualism between democracy and the supremacy of the Constitution is not necessarily a cause of institutional tension. It is possible to have a dialogue between the legislative and the judiciary through different ways. As it has been seen in the writ, this interaction is favored both by the judicial self-restraint and by the ability of the legislative to get over the Court's precedent interpretations, since the National Congress is not bound by judicial decisions.

Keywords: Constitutional Law; Legislative Power; Supreme Court; Constitutional Review; Institutional Dialogue.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	p. 11
1. O PROCESSO LEGISLATIVO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO CONGRESSO NACIONAL	p. 13
1.1 Breve histórico da separação de poderes	p. 13
1.2 O poder legislativo na Constituição de 88	p. 16
1.3 O processo legislativo brasileiro: painel geral	p. 17
1.3.1 Princípios gerais do processo legislativo	p. 19
1.3.2 Fases do processo legislativo e o controle interno de constitucionalidade	p. 22
1.4 Considerações finais do capítulo	p. 27
2. O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL ----	
.....	p. 28
2.1 A expansão do judiciário e o controle de constitucionalidade como ferramenta política	p. 28
2.2 Fundamentos do controle de constitucionalidade jurisdicional: painel teórico e histórico	p. 32
2.3 O modelo brasileiro: painel geral	p. 35
2.4 Considerações finais do capítulo	p. 39
3. TENSÃO OU DIÁLOGO INSTITUCIONAL: estudo de caso do MS 32.033/DF	p. 42
3.1 Da síntese dos pedidos	p. 42
3.2 Do voto vencido	p. 44
3.3 Do voto majoritário	p. 45
3.4 Tensão ou diálogo institucional: ações e reações entre judiciário e legislativo	p. 49
3.5 Considerações finais do capítulo	p. 52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	p. 54
REFERÊNCIAS	p. 57

INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 seguiu uma tendência mundial de empoderamento do papel do poder judiciário frente ao processo político. Isso ocorreu porque, com a democratização, o extenso rol de direitos sociais e econômicos, incluídos na analítica Magna Carta, provocou o conseqüente aumento da demanda pelos tribunais. Aliado a esse fator, determinou-se a inafastabilidade da jurisdição e ampliou-se o acesso à justiça, o que aproximou os grupos sociais do modelo de racionalidade do Direito¹.

Nesse contexto, a judicialização da política, fenômeno cunhado por Tate e Vallinder², vem ganhando a atenção dos pesquisadores que se ocupam do Direito e da Política. A relação entre esses dois ramos do pensamento tem tomado rumos cada vez mais convexos, pois verifica-se uma redução da margem de discricionariedade do exercício legiferante e a concorrente ampliação da proeminência da jurisdição constitucional. Isso permite a ampliação da possibilidade de ingerência judicial sobre assuntos políticos, sociais, religiosos e ideológicos por meio do controle de constitucionalidade.

Diante disso, pretende-se, no presente trabalho, investigar o relacionamento entre os poderes legislativo e judiciário, principalmente no que tange ao controle de constitucionalidade. Primeiro, serão analisados os mecanismos de controle detidos pelo próprio poder legislativo no exercício regular de suas atividades. Nessa etapa inicial, o foco será a identificação dos instrumentos de controle e do momento de sua aplicação.

Em seguida, estudar-se-ão os mecanismos detidos pelo poder judiciário para verificar a constitucionalidade de uma lei ou das proposições em trâmite no Parlamento. Sobre esse ponto, interessante será notar por que e por quem o judiciário é provocado e em que momento isso ocorre.

¹ NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativista*, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001. Acesso em 15 abr 2015.

² VALLINDER, Torbjorn; TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

Por fim, a análise do caso concreto e recente do MS 32.033/DF será o mote para debater os parâmetros que regem a interação entre os poderes judiciário e legislativo. O objetivo é compreender se essa relação é marcada pela tensão ou pelo diálogo institucional.

1 O PROCESSO LEGISLATIVO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO CONGRESSO NACIONAL

Para a análise do controle de constitucionalidade interno do Congresso Nacional deve-se, num primeiro momento, compreender os fundamentos históricos e os pressupostos do processo legislativo, bem como as condições que preexistem à formação da lei. Segundo José Afonso da Silva,

“o mais importante desses pressupostos é a existência de órgãos específicos, a que se atribui a incumbência de elaborar as leis, decorrente do princípio de distinção de funções ou separação de poderes, pelo qual se entregou a função legislativa às assembleias de representantes do povo.”³

Destarte, a seguir, far-se-á uma síntese da evolução da teoria da separação dos poderes e de sua aplicação no Brasil hodiernamente, com o objetivo de entender as bases do controle de constitucionalidade, tanto por parte do poder legislativo, quanto do poder judiciário.

1.1 Breve histórico da separação de poderes

A teoria da tripartição de poderes – que teve suas bases esboçadas por Aristóteles⁴, ganhou versão de Locke⁵, e foi finalmente popularizada por Montesquieu⁶ – surgiu da necessidade de evitar uma concentração absoluta de poder nas mãos de um soberano, propondo uma divisão das funções essenciais do Estado em três órgãos distintos, cada qual representando um poder: executivo, legislativo e judiciário. Essa estrutura tripartite impediria que um indivíduo ou grupo se sobressaísse perante os outros. O sistema instauraria um governo de leis, e não de homens, intuito das Revoluções Inglesa, Francesa e Norte-Americana.

³ SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45.

⁴ ARISTÓTELES. *Dos Três Poderes Existentes em Todo o Governo*. In: ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 127-143

⁵ LOCKE, John. *Dos poderes legislativo, executivo e federativo da comunidade*. In: LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: IBRASA, 1963. p. 91-93.

⁶ MONTESQUIEU. *Do Espírito das leis*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o

“apego à lei demonstrado nas Constituições resultantes desses movimentos e dos que mais tarde os prosseguiram é tão grande que os juristas veem nelas um novo tipo de Estado, o estado de direito. Ou seja, o Estado que ‘deve agir sobre o fundamento do Direito e pela forma do Direito.’”⁷

A separação de poderes, um dos fundamentos do Estado de Direito, pressupõe uma diferenciação entre os poderes majoritários – executivo e legislativo – e o contramajoritário – o judiciário. Os dois primeiros são majoritários ou políticos, pois a escolha de seus integrantes deriva do voto da maioria dos eleitores. O poder judiciário, por sua vez, é contramajoritário, pois deve proteger as minorias. Desse modo, se, de um lado, cabe aos poderes legislativo e executivo criar e executar de forma positiva os direitos e as políticas públicas, ao Judiciário cabe, de outro lado, defender esses direitos sob perspectiva individual, exercendo uma tarefa precipuamente negativa, ou de contenção.

Hoje, entende-se que a tripartição de poderes não assume feição rígida⁸, como aquela proposta por Montesquieu. Isso porque os poderes não exercem apenas funções típicas, mas também funções atípicas, formando uma estrutura equilibrada e de controle mútuo. Esse modelo mais flexível teve início com o sistema de *checks and balances*, desenvolvido pelos fundadores do federalismo norte-americano: James Madison, Alexander Hamilton e John Jay⁹.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, essa estrutura mais flexível, e que se adapta ao contexto de cada Estado, atenuou “a independência em benefício da harmonia”¹⁰ entre os poderes. Segundo a autora, aproveitou-se os pontos positivos da teoria de Montesquieu e foi-se além, aperfeiçoando-a. Isso ocorreu porque os freios e

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10-11.

⁸ José Afonso da Silva fala, inclusive, em regime de colaboração de poderes, o que será abordado mais adiante (SILVA, José Afonso da. Processo Constitucional de Formação das Leis. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48)

⁹ FERREIRA, Amauri Martins. Poder Constituinte, Federalismo e Controle da Constitucionalidade de Lei e Ato Normativo Federal ou Estadual. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3^a Região, v. 43, n. 73, p.131-142, jan/jun, 2006.

¹⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 16-19.

contrapesos minimizaram os conflitos entre os poderes, impedindo a preponderância de um sobre o outro.

Ferreira Filho¹¹ acredita que essa flexibilização vem intensificando-se gradualmente no curso da história devido a dois vetores: a democratização do poder e a intervenção do Estado nos campos econômico e social. O primeiro seria resultado contingente das mudanças no executivo, que ficou cada vez menos centrado na figura do chefe, antigo monarca, passando a se dividir em partidos e coalizões no parlamentarismo. A intervenção do Estado nos domínios socioeconômicos, por sua vez, demandou mais regulação nas áreas de atuação, exigindo maior produção legislativa.

O Brasil, com a Constituição de 88, importou esse sistema harmônico e flexível entre os poderes. Destarte, interpreta-se o artigo 2º da Constituição Federal no sentido de que o poder não se triparte, sendo uno e indivisível¹², porém manifesta-se por meio de órgãos distintos: o legislativo, o executivo e o judiciário. Essa repartição de tarefas, que só ocorre em sociedades pluralistas e democráticas, e que ganha rigidez nos regimes presidencialistas, conferiu uma função precípua a cada um desses órgãos.

Apesar da clara repartição de competências prevista na Constituição, inspirada nos freios e contrapesos do federalismo norte-americano, observa-se hoje uma flexibilização ainda maior das funções do Estado, que vem assumindo sentido bem menos rígido, falando-se até em regime de *colaboração de poderes*. Isso porque

“a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão (...) e novas formas de relações entre os Poderes Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário. A urgência em responder às necessidades coletivas obrigou a uma nova reformulação dos princípios de governo.”¹³

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262-263.

¹² LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 483.

¹³ SILVA, José Afonso da. Processo Constitucional de Formação das Leis. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48.

No novo contexto social, o executivo ganhou poderes de legislar para responder necessidades urgentes, por meio do decreto-lei a princípio e, posteriormente, da medida provisória. Assim como o executivo, o judiciário também teve suas funções ampliadas, como aponta Luis Roberto Barroso¹⁴. Segundo o autor, esse poder ascendeu como instituição a partir da conscientização popular sobre os direitos individuais, que levaram a maior demanda por justiça. Ademais, a noção de supremacia da Constituição teria se tornado mais popular, favorecendo uma proeminência do judiciário no imaginário social.

1.2 O poder legislativo na Constituição de 88

Ao poder legislativo, na Carta Magna, confere-se a atribuição principal de inovar o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações em forma de atos normativos primários, derivados de um processo formal e ordenado, no qual há livre debate entre iguais. Por óbvio, essa competência legislativa só ocorre nos sistemas romano-germânicos, ou codificados, que, a exemplo do Brasil, “atende ao pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas (normativas) e obtém conclusões por processos lógicos, tendendo a estabelecer normas gerais organizadoras”¹⁵.

Resta também, ao legislativo, a função típica de fiscalizar, cabendo ao Congresso Nacional, à guisa de controle externo, “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”¹⁶.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que Chegamos*, 2008. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf. Acesso em: 27 jun 2014.

¹⁵ TAVARES, André Ramos. *apud* LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 798.

¹⁶ BRASIL, Constituição Federal, 1988. art. 70.

De modo não típico, por outro lado, cabe ao Congresso Nacional, consoante o artigo 52, incisos I e II da Constituição Federal, administrar sua própria estrutura e julgar, por crime de responsabilidade, o presidente da República, o vice-presidente, os ministros de Estado e os comandantes das Forças Armadas, bem como os ministros do STF, os membros dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, o Procurador Geral da República e o Advogado-Geral da União.

Para fins de delimitação temática, a função do poder legislativo a ser descrita neste trabalho será tão somente a de legislar. Assim, o item 1.3 tratará dos princípios que regem o processo legislativo brasileiro. O tópico seguinte descreverá as fases desse processo, detalhando os mecanismos de controle de constitucionalidade internos do Congresso Nacional aplicados em cada fase.

1.3 O processo legislativo brasileiro: painel geral

O processo legislativo tem suas regras definidas na Constituição Federal e em atos internos de âmbito do Congresso Nacional. Pode ser conceituado, em termos gerais, como o “conjunto de atos que uma proposição normativa deve cumprir para se tornar uma norma de direito”¹⁷. Para José Afonso da Silva, deve-se notar, a fim de obter uma definição mais completa de processo legislativo, os

“aspectos objetivos e subjetivos: aqueles consistentes nos atos processuais legislativos; estes, nos órgãos e pessoas, que são os sujeitos desse processo. Assim, poderíamos dizer que *o processo legislativo é o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção) realizados pelos órgãos legislativos e órgãos cooperadores para o fim de promulgar leis*”¹⁸.

O art. 59, *caput*, da Constituição, delimita as seguintes espécies normativas, produtos do processo legislativo:

“O processo legislativo compreende a elaboração de:

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 901.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. Processo Constitucional de Formação das Leis. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 41-42.

- I – emendas à Constituição;
- II – leis complementares;
- III- leis ordinárias;
- IV- leis delegadas;
- V- medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII- resoluções”.

Essas diferentes espécies legislativas, contudo, não são submetidas aos mesmos procedimentos legislativos. Cada qual possui um trâmite específico, um quórum de votação diferenciado, uma matéria delimitada. Assim, essas espécies normativas, ou a lei, *latu sensu*,

“(…) é a concretização da conduta do Poder Legislativo, do mesmo modo que a sentença judicial é a concretização da conduta do Poder Judiciário num caso concreto. A conduta do legislador tem como missão revelar, em preceitos genéricos, o Direito (fato, valor e norma), que, social e historicamente, a sociedade tem como tal.”¹⁹

A aproximação entre o processo legislativo e o processo jurídico serve-nos para viabilizar a importação de princípios do processo jurídico ao processo legislativo, porém o processo legislativo vai além, ele envolve aspectos não apenas jurídicos, mas também políticos e técnicos, tendo natureza interdisciplinar.

Segundo Lopes, “no que tange ao Direito, sua relação com o processo legislativo é inerente: este não apenas é conformado por normas, mas também é gerador delas. É a forma pela qual se materializa e se positiva a lei, dentro de um contexto social organizado”²⁰. No âmbito político, o processo legislativo é a “arena em que detentores de Poder competem e cooperam em nome de grupos de interesse da sociedade, buscando a manutenção de sua posição”²¹.

Por fim, o processo legislativo, do ponto de vista técnico, pode ser entendido como um conjunto de regras e procedimentos de execução dos trabalhos. Nessa interdisciplinaridade que permeia o Processo Legislativo, tem-se que “o Direito

¹⁹ SILVA, José Afonso da. A lei. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76866>>. Acesso em: 18 março 2015.

²⁰ LOPES, Fabio Almeida. Princípios do Processo Legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica. Monografia (especialização): Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor) da Câmara dos Deputados, 2009. p. 25.

²¹ *Idem*.

foca no produto, a norma; a técnica concentra-se na produção, a elaboração; e a Política orienta-se aos agentes, os mandatários de Poder e o próprio povo que o origina”²².

1.3.1 Princípios gerais do processo legislativo

A identificação dos princípios do Processo Legislativo é essencial para a compreensão da atividade legiferante e para o controle de constitucionalidade das propostas, uma vez que os princípios sintetizam os valores mais relevantes do sistema, constituindo verdadeiros alicerces para a elaboração do produto final do processo. Esses princípios também direcionam a interpretação das normas e a integração dos diversos dispositivos legais. Apesar da importação de alguns princípios jurídicos pelo Processo Legislativo, não há definição clara e pacífica que delimite um rol *numerus clausus* de todos os princípios que regem a atividade legiferante, provavelmente em razão da interdisciplinaridade explanada no tópico anterior.

Explorar-se-á, aqui, os princípios acolhidos pelo Direito Parlamentar Brasileiro, grande parte deles definidos por José Afonso da Silva²³, que tem visão mormente jurídica, – publicidade, oralidade, separação da discussão e votação, unidade da legislatura, exame prévio dos projetos por comissões parlamentares – e outra parte derivada da Ciência Política e da prática parlamentar – bicameralismo, democracia, simetria e não convalidação das nulidades.

Destarte, o primeiro princípio a ser abordado é o da publicidade, que impõe a necessidade de as deliberações das Casas Legislativas serem públicas. Dele decorrem três aspectos:

“1º) possibilidade efetiva de o público poder assistir às deliberações das Câmaras; 2º) disponibilidade ao público em geral de atas das sessões e reuniões aprovadas pela própria

²² LOPES, Fabio Almeida. Princípios do Processo Legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica. Monografia (especialização): Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor) da Câmara dos Deputados, 2009. p. 25.

²³ SILVA, José Afonso da. Processo Constitucional de Formação das Leis. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Câmara e suas comissões; 3º) publicação pela imprensa de resumos ou extratos de suas atas e da livre informação do ocorrido em suas sessões e reuniões.”²⁴

A divulgação dos atos do processo legislativo se dá, no Brasil, pelos Diários Oficiais do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Congresso Nacional, e, ainda, pelas agências de notícias das Casas legislativas. Esse princípio, contudo, sofre algumas exceções. É o caso das sessões secretas e das comissões reservadas, cujas atas podem ser guardadas em sigilo temporariamente, a depender da resolução da respectiva câmara²⁵.

O princípio da oralidade, por sua vez, exige que as discussões e votações se realizem de viva voz. Atualmente, contudo, as votações por meio de painel eletrônico são comuns e a votação secreta é aceita em alguns poucos casos²⁶. Ainda pode-se, excepcionalmente, enviar discursos diretamente à publicação, sem obrigatoriedade de pronunciamento.

Já o princípio da separação entre discussão e votação indica que as duas fases ocorrem em momentos distintos. Assim, apenas com o encerramento da fase de discussão pode-se proceder à votação, encerrando as possibilidades de debate.

A unidade da legislatura significa que, a cada quatro anos, o Congresso se renova, com a posse dos novos parlamentares eleitos. No início de cada legislatura, o Senado e a Câmara dos Deputados

“funcionam como um novo Congresso, começando sua tarefa sem relação com a legislatura anterior. No final de cada uma, consideram-se terminados todos os assuntos, seja qual for o estado de sua deliberação, tanto que as proposições são, então, arquivadas, com algumas exceções previstas no regimento interno (RISF, arts. 332 e 333).”²⁷

²⁴ CARNEIRO, André Corrêa de Sá. Princípios do Processo Legislativo. Conversa Pessoal, ano X, nº 115, jun 2010. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/portaldoservidor/jornal/jornal115/processo_legislativo.aspx. Acesso em: 6 mar 2015.

²⁵ RICD, arts. 92 a 94; RISF, arts. 190 a 198; RC, art. 27 (para sessões secretas). RICD, art. 48, e RISF, art. 110 (para comissões reservadas ou secretas).

²⁶ Para escolha de autoridades e para eleição da Mesa.

²⁷ SILVA, José Afonso da. Processo Constitucional de Formação das Leis. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 52.

O exame prévio do projeto por comissões parlamentares tem como base a necessidade de proporcionar um debate especializado dos diversos aspectos que permeiam as propostas, com o objetivo de aperfeiçoar as proposições legislativas. Esse debate é travado nas comissões técnicas, que são as comissões permanentes de cada Casa legislativa.

“As comissões estudam as matérias relativas aos projetos, emitindo pareceres sobre sua constitucionalidade, juridicidade, adequação financeira, orçamentária, e sobre o mérito. Em regra, esses pareceres são, posteriormente, discutidos e votados em Plenário. A exceção são os projetos apreciados com poder conclusivo das comissões que, salvo recurso interposto para deliberação em Plenário da Casa, são apreciados exclusivamente pelas comissões (RICD, art. 24, II; RISF, art. 91).”²⁸

O bicameralismo, que rege o processo legislativo brasileiro, aplica-se apenas ao legislativo federal, que é o objeto deste trabalho. Ele preconiza que o processo legislativo será composto da Câmara dos Deputados, representando o povo, e do Senado Federal, representando os estados federados, sendo que um projeto de lei, para ser aprovado, deverá passar por ambas as casas²⁹.

O princípio democrático é consolidado pelo artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que reconhece a origem do poder como sendo do povo. No Brasil, adota-se o modelo da democracia mista, que envolve aspectos da democracia representativa, pressupondo a delegação do poder a representantes por meio de eleições diretas e periódicas, com institutos da democracia direta, como o plebiscito, o referendo, a ação popular, o orçamento participativo e as audiências públicas.

O princípio da simetria significa que as regras básicas da Constituição Federal devem ser adotadas, por equiparação e no que couberem, nas esferas municipal, estadual e distrital. Por óbvio, a falta de casa revisora nas esferas infranacionais impossibilita cópia idêntica do âmbito federal, mas deve haver uma adaptação.

²⁸ CARNEIRO, André Corrêa de Sá. Princípios do Processo Legislativo. *Conversa Pessoal*, ano X, nº 115, jun 2010. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/portaldoservidor/jornal/jornal115/processo_legislativo.aspx. Acesso em: 6 mar 2015.

²⁹ CF, art. 65.

Por fim, o princípio da não convalidação das nulidades indica que, em regra, as nulidades do processo legislativo são consideradas absolutas, e, por isso, insanáveis. Um exemplo clássico acerca desse tema é o caso de projetos de lei que são aprovados pelo Congresso com vício de iniciativa. A sanção desse projeto pelo Presidente da República não corrige os seus defeitos, podendo o ato ser anulado. Esse princípio ficou assentado com o julgamento da ADI 2.867³⁰, de relatoria do Min. Celso de Mello, que revogou a súmula n. 5 do STF, proibindo, pois, a convalidação de vícios radicais de inconstitucionalidade.

No próximo item, serão detalhadas essas e outras fases do processo legislativo, para localizar a atuação do controle legislativo de constitucionalidade.

1.3.2 Fases do processo legislativo e o controle interno de constitucionalidade

Sabendo que o Processo Legislativo é a sequência de fases e o conjunto de normas que regem a análise das proposições, pretende-se, neste tópico, abordar de maneira sucinta as características principais de cada fase, de modo a esboçar, de maneira geral, o trâmite legal e os limites procedimentais impostos às propostas de lei. Isso será importante para que se possa identificar o *momentum* de ação do controle de constitucionalidade político.

Segundo José Afonso da Silva³¹, o processo legislativo pode ser didaticamente dividido nas seguintes fases: (1) iniciativa, (2) discussão, (3) votação, (4) sanção ou veto, e (5) promulgação e publicação.

A primeira fase é a iniciativa, “ato pelo qual se põe em movimento o processo legislativo”³². Isso se dá com a apresentação de uma proposição por pessoa ou órgão, cuja competência varia conforme a espécie legislativa³³. A iniciativa

³⁰ ADI 2.867, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-12-2003, Plenário, DJ de 9-2-2007.

³¹ SILVA, José Afonso da. Processo Constitucional de Formação das Leis. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

³² *Ibidem*. p. 136.

³³ BRASIL, Constituição Federal, 1988. Artigos 60, 61, *caput* e §§ 1º e 2º, 68, 84, III, 93, *caput*, I e II, 96, II, alíneas “a” e “b”, 73, *caput*, segunda parte, 127, §2º, 128, §5º e 165.

legislativa “funciona como instrumento de atuação do programa político ideológico”³⁴, ou como “poder de escolha dos interesses a serem tutelados pela ordem jurídica em forma de lei em sentido técnico (...) Sem iniciativa, os órgãos incumbidos do poder de legislar não podem exercer sua função.”³⁵

Iniciada a proposição na Câmara dos Deputados³⁶, o presidente do órgão exerce um juízo unipessoal sobre os aspectos de “constitucionalidade, regimentalidade e adequação à competência institucional da Casa.”³⁷ Verifica-se, já aqui, uma primeira forma de controle de constitucionalidade, neste caso exercido tão somente pelo Presidente da Casa. Segundo Azevedo, foram várias as proposições devolvidas a seus autores nesse momento, por estarem contra um entendimento já cristalizado na Câmara:

“seja no caso dos chamados ‘projetos autorizativos’ (quando Deputado ou Senador apresenta proposição determinando que outro Poder tome providência de sua competência exclusiva e que não depende de autorização do legislativo – portanto, um projeto inócuo); como assim dos projetos que determinam a criação de estabelecimento de ensino; daqueles que declaram a utilidade pública de pessoa jurídica; dos que procuram nominar rodovia ou logradouro público; seja, enfim, daqueles que buscam instituir dia nacional de classe profissional.”³⁸

Se admitida pelo Presidente da Câmara, cabe a ele despachar a proposição às Comissões técnicas, temporárias ou permanentes³⁹, de acordo com seu conteúdo temático, definindo, desde logo, o regime de tramitação: se ordinário (art. 151, III, do RICD), com prioridade (art. 151, II, do RICD) ou urgente (art. 151, I, do RICD). Segundo Carneiro, Santos e Netto, com

“o advento da Constituição Federal de 1988, o papel das comissões foi ampliado e fortalecido, uma vez que elas desempenham funções primordiais para o aprimoramento da democracia brasileira. Essa valorização deveu-se, principalmente, à possibilidade de concluírem, em determinadas circunstâncias, o processo legislativo referente

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 134

³⁵ *Ibidem* p. 135.

³⁶ Este estudo parte do pressuposto de que o projeto foi iniciado na Câmara dos Deputados por ela ser, em regra, a casa iniciadora.

³⁷ AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. *O Controle Legislativo de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. pp. 21-22.

³⁸ *Ibidem*. p. 27.

³⁹ O artigo 11 do RICD faz essa diferenciação.

aos projetos de lei sem a necessidade da apreciação do Plenário das casas legislativas, o que se conhece como poder conclusivo das comissões.”⁴⁰

Destarte, é nas comissões que se inicia a fase de discussão, em que as proposições tornam-se objeto de debates e de propostas de alteração, as emendas. Seja a proposição sujeita ao poder conclusivo das comissões, seja ela sujeita ao exame do Plenário, o despacho do Presidente da Câmara deverá mencionar a Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania (CCJC), que antigamente chamava-se Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (CCJR). Esse colegiado se pronunciará depois das demais comissões.

Segundo Azevedo,

“a importância da CCJR se faz evidente no controle legislativo de constitucionalidade de proposições justamente a partir dos números revelados. Analisamos as declarações de inconstitucionalidade e/ou injuridicidade da CCJR em 755 documentos: entre proposições principais e apensadas, 894 foram declaradas inconstitucionais e/ou injurídicas pela Comissão.”⁴¹

A CCJC exerce o mais notável controle de constitucionalidade sobre as proposições legislativas em tramitação. Suas áreas de atividade vêm elencadas no art. 32, inc. IV do RICD, destacando-se a competência de analisar os “aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões”⁴². Ainda, cabe a ela analisar “assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto”⁴³ no regimento.

Segundo Azevedo⁴⁴, a partir de 1988, e com o advento da Resolução 17, de 1989, a CCJC começou a adotar, pouco a pouco, a súmula da jurisprudência.

⁴⁰ CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves; NETTO, Miguel Gerônimo da Nóbrega. Curso de Regimento Interno. 2a ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. p. 171.

⁴¹ AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. O Controle Legislativo de Constitucionalidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 74

⁴² RICD, art. 32, inciso IV, alínea “a”.

⁴³ RICD, art. 32, inciso IV, alínea “c”.

⁴⁴ AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. O Controle Legislativo de Constitucionalidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

Essa súmula engloba o conjunto de posições adotadas reiteradamente pela Comissão, cristalizando um entendimento. Com ela, a comissão pode agir de maneira mais célere, eficiente e segura, declarando a prejudicialidade de matérias semelhantes às já apreciadas anteriormente⁴⁵. Além de otimizar os trabalhos, esse mecanismo oferece “subsídios técnicos ao Presidente da Câmara, de forma a minorar, inclusive, o seu constrangimento político ao devolver as proposições formuladas de maneira ‘evidentemente inconstitucional.’”⁴⁶

Vale ressaltar que as súmulas da CCJC passaram a ser utilizadas também em outras comissões. Isso ocorre quando algum parlamentar, suspeitando inconstitucionalidade ou injuridicidade da proposição, registra questão de ordem para que ela seja apreciada e arquivada, com antecedência, pela CCJC. Mesmo que algum entendimento ainda não esteja sumulado, mas já tendo sido declarado inconstitucional, pode-se declarar a sua prejudicialidade por qualquer Comissão. Contra a decisão de prejudicialidade da proposição pode ser interposto recurso, a ser votado pelo Plenário. Azevedo⁴⁷ constata em pesquisa empírica, contudo, que raramente o Plenário contraria a posição da CCJC, o que evidenciaria um respeito da Casa ao trabalho da comissão.

Algumas propostas, no entanto, fogem à regra e não são despachadas à CCJC, mas às Comissões Especiais da Câmara dos Deputados. É o caso de projetos de Código, emendas constitucionais e matérias que dizem respeito a mais de três comissões temáticas. As Comissões Especiais absorvem “a competência de tantas quantas Comissões que tenham pertinência temática com o assunto, e também da CCJR. Mais uma vez haveria a análise da constitucionalidade da proposição.”⁴⁸

No caso de proposições em regime de urgência, mecanismo que dispensa algumas exigências formais visando dar celeridade ao processo legislativo, os requisitos da publicação, distribuição, do quórum exigido de votação e dos

⁴⁵ RICD, art. 62, inciso IX e art. 164, inciso II, §§ 1 a 4.

⁴⁶ AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. O Controle Legislativo de Constitucionalidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 56.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 74

⁴⁸ *Ibidem*. p. 69.

pareceres das Comissões ou do relator também não podem ser dispensados, vez que se mostram essenciais à constitucionalidade do devido processo legislativo.

Ocorre, contudo, que a apreciação pelas comissões temáticas e pela CCJC se dá, no caso de urgência, de maneira simultânea. Assim, alguma Comissão poderia propor alteração do texto original, tornando-o inconstitucional, alteração essa que, nesse caso, só será analisada em Plenário se e somente se algum parlamentar vier a levantar questão de ordem sobre o fato. De todo modo, haverá sempre um parecer que versará sobre a constitucionalidade do projeto inicial.

Findas as discussões tanto nas comissões, nos casos de proposições em caráter conclusivo, quanto no Plenário, passa-se à fase de votação, em que o projeto de lei é submetido à análise pelos membros das Casas legislativas, devendo obedecer ao quórum exigido pela Constituição, a depender da espécie normativa.

Sendo aprovada pelo Legislativo, a proposta é, então, submetida ao crivo do chefe do executivo, que pode sancioná-la ou vetá-la. A sanção pode se dar de maneira tácita ou expressa, e o veto pode ser fundamentado na inconstitucionalidade do projeto – o veto jurídico – ou na contrariedade ao interesse público – o veto político⁴⁹. Aqui, mais uma vez, há manifestação de um tipo de controle de constitucionalidade político e prévio, pois se dá antes de a proposição tornar-se lei. O veto, seja ele jurídico ou político, deve ser objeto de apreciação no Congresso Nacional, que pode derrubá-lo por maioria absoluta dos membros⁵⁰.

Sendo sancionada, a proposição é promulgada e publicada. O primeiro ato é o que atesta a existência da lei, ordenando sua aplicação. O segundo, consiste no mecanismo pelo qual se divulga ao conhecimento geral a existência do novo ato normativo, importando na fixação do momento de vigência da lei.

⁴⁹ BRASIL, Constituição Federal, 1988. Art, 66, § 1º.

⁵⁰ BRASIL, Constituição Federal, 1988. Art, 66, § 4º.

1.4 Considerações Finais do Capítulo

Verificou-se, neste capítulo, que o poder legislativo detém seus próprios mecanismos internos de controle de constitucionalidade. Esses mecanismos contribuem para a adequação das proposições às regras regimentais e aos limites constitucionais, tanto procedimentais quanto materiais. Um outro fator de controle que recai sobre o poder legislativo, por ele ser majoritário, é a *accountability*. Por meio da prestação de contas, os eleitores podem verificar se de fato um parlamentar os representa, e, em caso negativo, podem destituí-lo no próximo pleito, elemento essencial aos regimes democráticos.

Ocorre que, apesar da abundância de mecanismos internos de controle do poder legiferante, a teoria dos *checks and balances* pressupõe também que haja controle “interpoderes”, onde entra o controle tanto do executivo quanto do judiciário sobre o poder legislativo. Enquanto o controle do poder executivo repousa na sanção ou veto, que pode ser rejeitado pelo Congresso Nacional, o controle judicial de constitucionalidade sobre a atividade legiferante enseja maior polêmica, talvez pelo caráter contramajoritário do judiciário, talvez pela crescente demanda que esse poder vem recebendo hodiernamente, como leciona Barroso⁵¹.

A seguir, esboçar-se-á os fundamentos do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade judicial, dando especial atenção à possibilidade de exercício prévio desse mecanismo sobre o juízo de deliberação do poder legislativo, isto é, ainda durante a tramitação do projeto no parlamento. Essa análise permitirá a compreensão de um caso recente que teve muita visibilidade midiática, pois ensejou polêmica sobre as relações institucionais entre os poderes judiciário e legislativo: o Mandado de Segurança 32.033/DF, que será estudado no terceiro e último capítulo.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que Chegamos*, 2008. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf. Acesso em: 27 jun 2014.

2 O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Após a análise dos mecanismos de adequação das proposições legislativas à Constituição, no próprio Congresso Nacional, faz-se necessário averiguar as hipóteses de ingerência do poder judiciário sobre o legislativo, em sede de controle de constitucionalidade. Para isso, primeiramente discorrer-se-á sobre a expansão do judiciário e sobre o uso do controle de constitucionalidade como uma peça do jogo político. Em seguida, serão esboçados os fundamentos teóricos e históricos desse controle, para enfim traçar as regras do controle judicial no modelo brasileiro.

2.1 A expansão do judiciário e o controle de constitucionalidade como ferramenta política

O extenso rol de direitos definidos na Constituição de 88 e nas suas emendas provocaram o aumento da demanda pelo poder judiciário, ampliando o seu papel na sociedade. De acordo com Nobre e Rodriguez⁵², existe, hoje, uma nova configuração institucional, motivada pela expansão das fronteiras do direito, que é incompatível com uma visão normativista. Isso porque a corrente que promoveu a abertura do parlamento, a partir dos anos 50, agora chega ao judiciário, estendendo-se o modelo de racionalidade do direito ao alcance da sociedade civil.

Segundo Woods e Hilbink⁵³, o *judicial empowerment* é uma tendência mundial, que se inspira no pós-positivismo e nos ideais neoconstitucionalistas. Para Mauro Cappelletti, essa expansão do judiciário acompanhou a paralela expansão dos “ramos políticos”⁵⁴, oferecendo o contrapeso necessário ao sistema de *checks and balances*.

⁵² NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativista*, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001. Acesso em 10 abr 2014.

⁵³ WOODS, Patricia J.; HILBINK, Lisa. Comparative sources of judicial empowerment: ideas and interests. *Political Research Quarterly*, v. 62, n.4, pp. 745-752, 2009.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 19.

Oscar Vilhena Vieira⁵⁵, por outro lado, afirma que a expansão do judiciário justifica-se pela lentidão da produção legislativa em resposta aos fatos sociais. Segundo o autor, esse poder estaria apenas suprindo uma omissão, ou solucionando questões nos casos concretos. A estrutura político-partidária favoreceria uma conduta dos parlamentares meramente voltada à reeleição, assim, eles produziram leis que trariam resultados no curto prazo e deixariam questões de mais difícil maturação ou mais polêmicas aos cuidados do judiciário⁵⁶.

Luís Roberto Barroso vai ao encontro desse entendimento ao afirmar que, no caso brasileiro,

“esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade. Nesse vácuo de poder, fruto da dificuldade de o Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar, a corte suprema tem produzido decisões que podem ser reputadas ativistas.”⁵⁷

É certo que o judiciário, de maneira geral, detém papel importante na execução das políticas públicas adotadas pelo governo, permitindo a incorporação de vozes minoritárias não apenas da sociedade, como também dos próprios políticos que são minoria no parlamento. Lênio Luiz Streck⁵⁸ dá especial destaque a esse caráter contingencial do processo de judicialização. Segundo o autor, o judiciário, poder inerentemente passivo, apenas responde às demandas que lhe são apresentadas.

⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. São Paulo: CEDEC Publicações, 1997. p. 53-97.

⁵⁶ O julgamento das ADPF 132 e ADI 4.277, que reconheceu a legalidade das uniões estáveis homoafetivas como um tipo de entidade familiar, é um exemplo de questão polêmica que ficou a cargo do judiciário (aqui, especificamente, do STF), posto que não se forma um consenso no legislativo.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da OAB*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 19 mar 2015.

⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? In: *Conjur*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#_ftn1_7788. Acesso em: 19 mar 2015.

Taylor⁵⁹, que analisou o caso brasileiro, corrobora essa ideia ao afirmar que a atuação do judiciário aumenta na mesma proporção em que os grupos minoritários e perdedores do jogo político recorrem a esse poder. Assim, para ele, a força que o judiciário vem incorporando deve-se, em parte, pelo fato de o legislativo ser um poder fraco em termos de capacidade de ação coletiva, com fracas relações entre representantes e representados. Sob esse prisma,

“[o] grau com que o judiciário é invocado para servir como árbitro nos conflitos entre as forças ou instituições políticas depende não apenas da força dos tribunais, mas também, de forma mais abrangente, dos padrões da disputa política”⁶⁰.

A despeito dessa provocação do judiciário pelos perdedores do jogo político no parlamento, Dotan e Hofnung⁶¹ afirmam que as chances de vitória dessas minorias, mesmo no judiciário, continuam pequenas. Além disso, os autores constataam que o ingresso no judiciário pode, de fato, restringir a autonomia do próprio poder legislativo. Apesar desses fatores, os benefícios compensariam: esses episódios são muito divulgados pela mídia, dando visibilidade aos políticos que ingressam no judiciário, e chamando a atenção do público para as supostas ilegalidades de alguma proposição, o que acaba desmerecendo-a. Assim, mesmo em caso de derrota na arena judicial, haveria vitória na arena política.

Taylor⁶², em sentido semelhante, argumentou que os atores políticos utilizam os tribunais não apenas com o objetivo de alterar uma legislação, mas também como *veto points*, isto é, como recurso tático para retardar, impedir, desmerecer ou declarar sua oposição àquela matéria. Os custos de ingresso no judiciário seriam pequenos, quando comparados aos benefícios políticos que essa tática poderia gerar.

Percebe-se, pelo exposto, que o relacionamento entre os poderes legislativo e judiciário está vinculado, em grande medida, ao jogo político. E é nesse

⁵⁹ TAYLOR, Matthew M; ROS, Luciano Da; Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v51n4/02.pdf>. Acesso em: 19 mar 2015.

⁶⁰ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

⁶¹ DOTAN, Yoav e HOFNUNG, Menachem. Legal Defeats – Political Wins: Why do Elected Representatives Go to Court? *Comparative Political Studies*, vol. 38, nº 1, 2005. pp. 75-103.

⁶² TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

terreno conflituoso que repousa o controle judicial de constitucionalidade como ferramenta da oposição⁶³. Porque o legislativo e o judiciário se pautam em princípios diferentes, esse mecanismo é objeto de controvérsia entre os estudiosos do direito, marcadamente pelo embate entre Kelsen e Schmitt acerca de quem seria o titular do poder de jurisdição constitucional.

Enquanto Schmitt⁶⁴ defende que o controle de constitucionalidade deve ser de competência de um órgão político, dotado de legitimidade democrática, para Kelsen⁶⁵, o controle de constitucionalidade deve ser exercido por uma corte jurisdicional autônoma, especializada e imparcial. Dworkin⁶⁶ e Waldron⁶⁷, posteriormente, continuam a discussão, aquele defendendo que o parlamento deve dar a última palavra e este em defesa da supremacia decisória da Corte.

Hodiernamente, no Brasil, os autores dividem-se, ainda, entre esses dois polos. Conrado Hubner Mendes⁶⁸, por exemplo, propõe que o controle de constitucionalidade fique a cargo do legislativo, contrariando Oscar Vilhena Vieira⁶⁹, que defende o STF como guardião da Constituição devido ao seu preparo técnico, à sua imparcialidade e ao resguardo dos direitos das minorias.

Percebe-se, pois, que a discussão acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade, que permeia a relação entre os poderes judiciário e legislativo, está pautada pelo embate entre os princípios da democracia e do constitucionalismo, que serão a seguir esboçados.

⁶³ Vianna, Burgos e Salles, que analisaram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas nos governos FHC e LULA, perceberam que a grande maioria delas foram feitas pela oposição, o que comprovaria a tese de que o controle de constitucionalidade é uma ferramenta de uso estratégico (VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, vol.19, n.2, 2007. pp. 39-85).

⁶⁴ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. São Paulo: Del Rey, 2006.

⁶⁵ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In* KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, 1990.

⁶⁷ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006. pp 1346-1406.

⁶⁸ MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁶⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. São Paulo: CEDEC Publicações, 1997. p. 53-97.

2.2 Fundamentos do controle de constitucionalidade jurisdicional: painel teórico e histórico

Antes de analisar o mecanismo do controle de constitucionalidade judicial no Brasil, faz-se necessário justificar sua existência, retomando, em linhas gerais, os fundamentos da separação de poderes e os princípios do constitucionalismo e da democracia. Para isso, parte-se da noção de que o Brasil adota regime constitucional pluralista, onde a Constituição exerce papel preeminente na garantia dos direitos individuais e na regulação do exercício do poder.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho fala, inclusive, que “a lei, e mais que isso, a supremacia da lei, é indispensável à estruturação de um regime constitucional pluralista. Em nenhum outro regime chega à preeminência que tem neste.”⁷⁰ O constitucionalismo, portanto, “vincula-se à noção do império da lei e abrange a ideia de que não se há de permitir a um Governo agir conforme arbítrio de suas autoridades devendo, ao contrário, conduzir-se de acordo com normas equitativas e estabelecidas mediante acordo.”⁷¹ Nesse sentido, para

“estabelecer essa supremacia e impedir rigorosamente aquele arbítrio [dos governantes], o Constitucionalismo confiava em duas coisas, num instrumento de identificação entre a vontade dos órgãos governamentais e a da Nação – a representação – e num equilíbrio de forças, resultante da divisão do poder e estruturado na separação de poderes.”⁷²

Destarte, a predominância da Constituição até mesmo perante o poder legislativo – que exerce incumbência de representação majoritária e que, por isso, constitui o cerne da expressão democrática – justifica-se pela proteção à vontade do legislador originário, que delineou direitos fundamentais imutáveis por qualquer processo político derivado.

Ferreira Filho bem explana essa configuração:

⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10.

⁷¹ LIPSON, Leslie. *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11.

⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 81.

“Ora, tal supremacia decorre da distinção entre Poder Constituinte, que dá início à ordem jurídica, e Poderes Constituídos, que a desdobram nos limites e nas formas estabelecidas pela Constituição. Sendo, porém, previsível a necessidade de alteração, em pontos não fundamentais, da Constituição, o próprio Poder Constituinte estabelece, ou constitui, um Poder Constituinte para a mudança das normas constitucionais, o Poder de Revisão, da mesma forma que estabelece outros poderes cuja ação está sujeita às normas constitucionais, tanto às originárias quanto às editadas em substituição.”⁷³

O princípio da supremacia da Constituição, portanto, impõe limites à atividade legiferante, evidenciando relativo dualismo entre o constitucionalismo e a democracia. Sobre isso, Vital Moreira afirma que a Constituição é, por si só, um limite à soberania popular da maioria, de modo que “quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático”⁷⁴. Menelick de Carvalho Netto confirma esse conflito de princípios, mas ressalta a face positiva desse embate. Segundo ele, há uma

“(...) tensão constitutiva, produtiva e rica que marca [...] a reconstrução e os limites recíprocos dos conceitos de democracia e de constitucionalismo hoje, de tal sorte que não haverá democracia se não houver limites constitucionais à vontade da maioria, e nem haverá constitucionalismo se a constituição não for democrática.”⁷⁵

Essa “tensão constitutiva” entre supremacia da Constituição e democracia acaba sendo transplantada para os poderes judiciário e legislativo, na medida em que compete àquele a tarefa de realizar o controle da constitucionalidade dos atos deste.

Sobre isso, Michel Rosenfeld ⁷⁶ prega que, apesar de o constitucionalismo e a democracia estarem em lados opostos, esses princípios se complementam. Segundo o autor, é natural que os direitos constitucionais contrariem a vontade democrática, pois “os pontos de vista com os quais a maioria concorda não precisam de proteção constitucional. A maioria tomará conta de si mesma, por meio

⁷³ *Ibidem.* p. 200.

⁷⁴ MOREIRA, Vital. *Constituição e Democracia*. In MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 272.

⁷⁵ NETTO, Menelick de Carvalho. Entrevista com Menelick de Carvalho Netto. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 4, 2007.

⁷⁶ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. *Cad. Esc. Legis. Belo Horizonte*, v.7, n. 12, p. 11-63, jan./jun, 2004.

do processo legislativo e do devido governo.”⁷⁷ Destarte, conclui o autor, “nas democracias que funcionam, os direitos constitucionais deveriam ser, em certa medida, antidemocráticos.”⁷⁸

À vista disso, percebe-se que o controle de constitucionalidade, de fato, faz prevalecer os comandos constitucionais perante a decisão majoritária, mas é essa estrutura de poderes mutuamente limitados que compõe um todo ordenado e equilibrado. Nesse contexto, portanto, o mecanismo de controle de constitucionalidade tem o papel de afirmar a supremacia da Constituição e a sua força vinculante perante os outros poderes públicos. Segundo Mendes, deve-se partir da

“ideia de Constituição como ordem jurídica fundamental, uma vez que ela contém uma perspectiva de legitimidade material e de abertura constitucional, possibilitando compatibilizar o controle de constitucionalidade – que pressupõe uma Constituição rígida – com a dinâmica do processo político-social.”⁷⁹

Assim, Hamilton indica que a Magna Carta “somente pode ser preservada por meio do Judiciário, cuja função deve ser a de declarar nulos todos os atos contrários ao conteúdo manifesto da Constituição. Sem isso, todos os direitos e prerrogativas não significariam nada.”⁸⁰ Ainda, a ideia de um controle da constitucionalidade de atos normativos corrobora a ideia de fracionamento do poder em três partes, de modo a evitar o abuso de um deles, seguindo a ideia montesquiana de que um poder limita o outro⁸¹.

Os fundamentos acima elencados serviram como justificativa para a onda de decisões em sede de controle de constitucionalidade difuso, que foi iniciada com o juiz John Marshall⁸², da Suprema Corte norte-americana, em 1803. No caso *Marbury vs. Madison*, a Corte decidiu que passaria a declarar a inconstitucionalidade de leis para impossibilitar a aplicação dessas aos casos concretos e específicos que

⁷⁷ *Ibidem*. p. 12.

⁷⁸ *Ibidem*. p. 13.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1055.

⁸⁰ HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, nº LXXVIII. Nova Iorque: Scribner, Armstrong, 1876. p. 541.

⁸¹ MONTESQUIEU. *Do Espírito das leis*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

⁸² Juiz da Suprema Corte norte-americana que apreciou o caso *Marbury vs. Madison*. Sobre isso, ver: John Marshall, *Decisões constitucionais de Marshall*, p. 22

demandavam magistério, firmando a noção de que, “havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior”⁸³.

Destarte, o precedente *Marbury vs. Madison*, para Oscar Vieira,

“é resultado, única e exclusivamente, de uma releitura expandida da Constituição americana e, posteriormente, na tradição da *common law*, da ação reiterada dos magistrados. Este poder de controlar a compatibilidade das leis com a Constituição decorre, assim, da jurisprudência americana, e não de uma autorização positivada de forma expressa pelo constituinte.”⁸⁴

O modelo de controle de constitucionalidade norte-americano serviu de inspiração para vários sistemas de controle de constitucionalidade, no Brasil e no mundo. Entre nós, como visto, a Constituição de 1988 introduziu mudanças significativas no papel do poder judiciário, ampliando seu rol de atuação. Segundo Barroso, a ascensão institucional desse poder no cenário das relações políticas e sociais deu-se por inúmeros fatores, como a “amplitude da Constituição, a combinação da jurisdição constitucional concentrada e difusa, bem como a constitucionalização do Direito.”⁸⁵

A partir dessas breves considerações, tratar-se-á, a seguir, do modelo nacional de controle de constitucionalidade concebido pela Magna Carta de 1988, dando especial relevo às relações entre os poderes judiciário e legislativo.

2.3 O modelo brasileiro: painel geral

O modelo brasileiro de controle judicial de constitucionalidade, fixado na Constituição de 1988, tem dupla inspiração: ao mesmo tempo em que importou aspectos do controle difuso norte-americano, também envolveu

⁸³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 268.

⁸⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena *apud* LENZA, *op. cit.* p. 268.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que Chegamos*, 2008. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf. Acesso em: 27 jun 2014. p. 42.

características do modelo de controle concentrado de matriz austríaca. Por essa dupla influência é denominado de modelo de controle de constitucionalidade misto. Isso quer dizer que tanto os órgãos ordinários (qualquer juiz ou tribunal), quanto o órgão de cúpula (STF) do poder judiciário detêm competência para realizar o controle de constitucionalidade: os primeiros afastando a aplicação da lei nas ações e nos processos judiciais, e a Suprema Corte proferindo “decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado.”⁸⁶

Segundo José Afonso da Silva,

“o Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também, agora timidamente, a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, *a* e III, e 103).”⁸⁷

Além dessa classificação didática entre concentrado e difuso, o controle jurisdicional de constitucionalidade também se divide em formas: quanto ao modo e quanto ao momento de controle. Quanto ao modo, o controle jurisdicional pode ser incidental ou principal. Segundo Mendes, no

“controle incidental, a inconstitucionalidade é arguida no contexto de um processo ou ação judicial, em que a questão da inconstitucionalidade configura um incidente, uma questão prejudicial que deve ser decidida pelo Judiciário. Cogita-se também de inconstitucionalidade pela via da exceção, uma vez que o objeto da ação não é o exame de constitucionalidade da lei. Em geral, associa-se o controle incidental ao modelo difuso, tendo em vista a forma processual própria desse modelo derivado do sistema americano. (...) O controle principal permite que a questão constitucional seja suscitada autonomamente em um processo ou ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei. Em geral, admite-se a utilização de ações diretas de inconstitucionalidade ou mecanismos de impugnação *in abstracto* da lei ou ato normativo.”⁸⁸

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1062.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 554-555. *Apud* LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 250.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 1059-1060.

No direito brasileiro, contudo, o controle do STF também pode se dar de maneira incidental. Isso pode ocorrer nos casos em que o órgão de cúpula discute a constitucionalidade de modo prejudicial ao objeto principal da lide⁸⁹. Um exemplo desse controle incidental é o caso de mandado de segurança impetrado por parlamentar com o objetivo de resguardar o seu direito de participar de um processo legislativo hígido.

Esse exemplo se confunde com a classificação quanto ao momento, que pode se dar de maneira preventiva, quando o controle ocorre antes do aperfeiçoamento do ato normativo, ou repressiva, quando se dá sobre a norma pronta. No sistema brasileiro, o controle judicial em regra é repressivo, ou seja, geralmente ocorre sobre um ato jurídico já promulgado. O controle judicial *a priori*, portanto, é exceção: é admitido em caso de mandado de segurança impetrado por parlamentar contra ato do presidente da Casa ou de comissão legislativa com vistas a resguardar o seu direito líquido e certo de não participar de processo legislativo de proposta de emenda constitucional lesiva às cláusulas pétreas⁹⁰.

Esse controle preventivo, por interromper o debate no Parlamento, é o que mais enseja polêmica na relação entre os poderes judiciário e legislativo. Sobre isso, Araújo e Nunes Júnior assentam:

“O Supremo Tribunal Federal (...) tem entendido que o controle preventivo pode ocorrer pela via jurisdicional quando existe vedação na própria Constituição ao trâmite da espécie normativa. Cuida-se, em outras palavras, de um ‘direito-função’ do parlamentar de participar de um processo legislativo juridicamente hígido. Assim, o § 4º do art. 60 da Constituição Federal veda a deliberação de emenda tendente a abolir os bens protegidos em seus incisos. Portanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os parlamentares têm direito a não ver deliberada uma emenda que seja tendente a abolir os bens assegurados por cláusula pétrea. No caso, o que é vedado é a deliberação, momento do processo legislativo. A Mesa, portanto, estaria praticando uma ilegalidade se colocasse em pauta tal tema. O controle, nesse

⁸⁹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 267.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1060.

caso, é pela via de exceção, em defesa de direito de parlamentar.”⁹¹

Nesse sentido, como o que se busca proteger em sede de mandado de segurança é o direito líquido e certo de parlamentar, o STF vem consolidando sua jurisprudência no sentido de negar legitimidade ativa a terceiros não parlamentares, mesmo que esses possam ser destinatários da futura lei ou emenda à Constituição⁹²⁻⁹³. Nota-se, também, que a jurisprudência do STF demonstra que o controle judicial de constitucionalidade sobre o processo legislativo abrange tão somente a conformidade do procedimento com a Constituição, “não lhe cabendo (...) a extensão do controle sobre aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos *interna corporis*, vedando-se, desta feita, interpretações das normas regimentais”⁹⁴.

A título explicativo, então, verifica-se que o mandado de segurança é cabível quando há vedação constitucional direcionada ao próprio trâmite da lei ou da emenda, visando assegurar o fiel cumprimento das normas constitucionais do devido processo legislativo. Isso porque, nesses casos,

“a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.”⁹⁵

Aqui, a impetração da segurança visa corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação.

⁹¹ ARAUJO e NUNES JÚNIOR *apud* LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 257.

⁹² Sobre isso, Lenza cita as seguintes jurisprudências: “RTJ 136/25-26, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 139/783, Rel. Min. Octavio Gallotti, e, ainda, MS 21.642-DF, MS 21.747-DF, MS 23.087-SP, MS 23.328-DF” (*Ibidem*. p. 258).

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ *Ibidem*. p. 259.

⁹⁵ Texto do acórdão do MS 20.257/DF, considerado um *leading case* para várias decisões posteriores (*Apud ibidem*. p. 258).

2.4 Considerações finais do capítulo

Até aqui verificou-se que, como sintetiza André Del Negri⁹⁶, as alterações paradigmáticas instituídas pela Constituição de 1988, concernentes ao Estado Democrático de Direito, passaram a exigir uma maior abertura do Direito aos aspectos democráticos, participativos e pluralistas. A detalhada Magna Carta conferiu vários direitos individuais, ampliando o papel do judiciário na sociedade. Nesse contexto, o controle de constitucionalidade virou um forte aliado das minorias, sejam elas sociais ou políticas.

Essas alterações resultaram na expansão contingencial do judiciário, que passou a ser mais provocado pelas pessoas, em geral – em busca da consecução de seus direitos individuais –, e pelos parlamentares derrotados do jogo político – que querem desmerecer as proposições dos grupos adversos ou apenas retardar a eficácia de uma lei.

Ocorre que esse movimento de ascensão do poder judiciário, que detém a capacidade de dar a última palavra em sede de controle de constitucionalidade, gera polêmica entre os doutrinadores: enquanto uma corrente defende que a sua tecnicidade e imparcialidade garantem a decisão mais justa e mais consoante com a Constituição Federal, com base no princípio da Supremacia da Magna Carta, outra corrente defende que a última palavra deveria ser do poder legislativo, por esse ser o poder mais democrático deles.

O modelo brasileiro conferiu primazia à primeira corrente: aqui, é o Supremo Tribunal Federal quem detém o papel de guardião da Constituição e, assim, cabe a ele dar a última palavra sobre a validade de uma lei. O poder legislativo, contudo, pode, por seus próprios mecanismos de controle de constitucionalidade, invalidar previamente uma proposição ao verificar nítida afronta à Constituição. Assim, o exercício do controle judicial de constitucionalidade fica residual e limitado aos casos em que o legislativo não observa a inconstitucionalidade.

⁹⁶ NEGRI, André del. Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 109-112.

Uma das maiores polêmicas sobre esse assunto, que divide os ministros do STF e os doutrinadores, ocorre nos casos em que o judiciário se imiscui preventivamente no poder legislativo, em sede de jurisdição constitucional. Essa ingerência, como visto, tem caráter excepcional, sendo admitida, no modelo brasileiro, quando provocada por parlamentar visando a garantia do exercício de seu direito líquido e certo de não participar de discussão de proposições que afrontem, notoriamente, as normas constitucionais procedimentais (devido processo legislativo) ou materiais (cláusulas pétreas).

Não é aceitável, por exemplo, que as mesas das casas legislativas considerem aprovada em primeiro turno proposta de emenda constitucional que contou somente com o apoio de maioria simples⁹⁷ dos membros daquele colegiado, ou que a Comissão de Constituição e Justiça aprove proposta abolindo a forma federativa de Estado⁹⁸. São casos distintos, porém ambos passíveis de manifestação, mediante provocação, do STF, que poderá suspender a tramitação daquelas proposituras caso constate que houve clara afronta às regras procedimentais ou materiais da Constituição.

Nessas excepcionais situações, a impetração da segurança visa corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação. Hipótese distinta, contudo, seria a de controle jurisdicional de proposições legislativas em andamento tão somente porque, em seu conteúdo, possam dissentir de anterior interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Nesse caso, o STF não pode paralisar o processo legislativo, pois a própria Corte entende que ao poder legislativo não se aplicam os efeitos vinculantes da jurisdição constitucional.

Se aplicada, tal vinculação comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incontrolável do primeiro. Além do prejuízo ao legislativo, a situação

⁹⁷ Segundo o art. 60, § 2º, da CF, o quórum para aprovação de emenda constitucional é de 3/5 dos membros das Casas legislativas.

⁹⁸ A forma federativa de Estado é cláusula pétrea, consoante o art. 60, § 4º, da CF.

hipotética geraria mais um fator de resistência a mudanças do texto da Carta Magna, o que reforçaria a chamada fossilização da Constituição⁹⁹.

Ao contrário disso, a ausência de efeitos vinculantes ao legislador possibilita um dinamismo interpretativo e uma constante adaptação e mutação constitucional, levando o Supremo Tribunal Federal a reanalisar a matéria no controle repressivo, seja para reafirmar seu entendimento anterior, seja para alterar seu próprio precedente. Essa dinâmica possibilita uma melhor adequação às novas condições sociais e políticas.

Com base nas discussões acima elencadas, analisar-se-á, no próximo capítulo, o Mandado de Segurança 32.033/DF, que exemplifica, de maneira ímpar, a dubiedade do relacionamento entre os poderes judiciário e legislativo em sede de controle de constitucionalidade.

⁹⁹ Mandado de Segurança 32.033/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS_32033.pdf. Acesso em 13 abr 2015.

3. Tensão ou diálogo institucional: estudo de caso do MS 32.033/DF

O Mandado de Segurança 32.033/DF é um caso recente que gerou polêmica sobre a relação institucional entre os poderes legislativo e judiciário. Os fundamentos do pedido do impetrante e dos votos dos ministros, a favor e contra a concessão da segurança, compõem um rico emaranhado argumentativo sobre o relacionamento entre os dois poderes. As alegações e justificativas pró e contra o pedido serão objeto de estudo neste capítulo. Em seguida, serão analisadas as interações entre o parlamento e o STF, a fim de identificar se, no caso em tela, preponderou a tensão entre os poderes ou o diálogo institucional.

3.1. Da síntese dos pedidos

O Mandado de Segurança 32.033/DF foi impetrado pelo então Senador Rodrigo Rollemberg em desfavor dos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Do primeiro, por ter submetido o PL 4.470/2012 à votação e, do segundo, pela iminência de incluir o referido PL na agenda de deliberações da Casa¹⁰⁰. Segundo o impetrante, essa proposição, de autoria do então deputado Edinho Araújo (PMDB-SP), seria evidentemente inconstitucional por dispor que “a migração partidária que ocorrer durante a legislatura não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”¹⁰¹.

Para o autor do MS, essa proposta restringiria o direito das minorias parlamentares de criar partidos políticos, em nítida violação ao artigo 17, *caput*, §3º, da Constituição Federal, que estabelece que seja “livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos”. Assim, todos partidos, recém-criados ou não, “têm

¹⁰⁰ No Senado Federal, o referido PL recebeu denominação de PLC 14/2013.

¹⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS-MC nº 32.033/DF. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ms_32033.pdf. Acesso em: 06 abr 2015.

direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”¹⁰².

Ademais, a proposta teria sido rapidamente aprovada na Câmara dos Deputados, devido à adoção de regime de urgência, com a clara intenção de prejudicar duas agremiações em vias de formação – os partidos “Rede” e “Solidariedade” – além de obstaculizar a fusão do PMN com o PPS, partidos de oposição. Em vista disso, o impetrante considerou o projeto arbitrário e casuístico.

Outro fator que justificaria a concessão da segurança, segundo Rollemberg, seria o fato de haver julgado anterior do Pretório Excelso assentando o direito fundamental à livre criação e transformação dos partidos em proteção ao pluralismo político, conforme acórdão da ADI 4.430/DF, que dispõe:

“No mérito, por maioria de votos, acordam os Ministros em julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ADI nº 4.430, declarando a constitucionalidade do § 6º do art. 45 da Lei nº 9.504/1997 (...) e dando interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso II do § 2º do art. 47 da mesma lei, **assegurando, assim, aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação (grifei)**”¹⁰³.

Ora, haveria, portanto, ameaça ao direito líquido e certo do impetrante, enquanto parlamentar, de não participar do trâmite de atos que atentem contra preceitos constitucionais fundamentais, o que justificaria, pois, a imediata interrupção da tramitação do projeto, ainda em sede de decisão liminar.

¹⁰² BRASIL, Constituição Federal, 1988.

¹⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI nº 4.430/DF. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543766>; p. 5.

3.2 Do voto vencido

O ministro Gilmar Mendes, relator do referido MS, deu razão a Rollemberg, emitindo liminar favorável, que imediatamente interrompeu a tramitação da proposição na Câmara Alta. Quando o Mandado de Segurança foi analisado pelo plenário da Corte, contudo, o relator foi voto vencido, junto com os ministros Dias Toffoli¹⁰⁴ e Celso de Mello. A linha de defesa dessa corrente, quanto ao cabimento, foi no sentido de que a afronta aos princípios constitucionais, mormente quando se trata de direitos fundamentais, justifica a repressão do poder legislativo pelo mecanismo de segurança. Para o ministro Celso de Mello¹⁰⁵, essa intervenção judicial é inclusive natural, uma vez que cabe ao STF guardar a norma máxima, a Magna Carta. Além disso, o legislativo mereceria a ingerência, pois teria atuado de maneira opressiva.

Segundo voto do relator¹⁰⁶, a ingerência judiciária no legislativo seria necessária por dupla inconstitucionalidade: ao mesmo tempo em que a tramitação do projeto de lei afrontara o devido processo legislativo constitucional, também contrariara a cláusula pétreia disposta no art. 60, §4º da Constituição, a qual impede a restrição dos direitos políticos. O erro no devido processo legislativo, segundo ele, teria advindo da rápida tramitação do projeto, que inibiu as hígidas discussões e as possíveis oposições à matéria. Essa arbitrariedade justificaria a excepcionalidade da situação, e o *periculum in mora* residiria no risco de a proposta ser aprovada e sancionada, entrando no ordenamento jurídico.

Confirmou-se, também, o teor casuístico da proposta ao prejudicar os grupos minoritários. Sobre isso, Gilmar Mendes explicou:

“em uma concepção majoritária de democracia, as regras que regem o processo democrático-eleitoral devem ser previsíveis

¹⁰⁴ O ministro Dias Toffoli foi o relator da supracitada ADI 4.430/DF.

¹⁰⁵ *Apud* Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241706> Acesso em 06 abr 2015.

¹⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto Gilmar Mendes. MS-MC nº 32.033/DF. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS32033.pdf>. Acesso em 06 abr 2015.

e justas, de modo a viabilizar que a minoria de hoje possa transformar-se em maioria no dia seguinte. Sem isso, minam-se as próprias condições de legitimidade do regime democrático”¹⁰⁷.

Quanto à ADI 4.430/DF, Mendes alegou que ela fora resultado de evolução jurisprudencial do STF e que contrariá-la significaria pôr em risco a segurança jurídica. O ministro também atentou para o fato de o referido PL violar não apenas a Constituição, como também o regimento interno da Câmara dos Deputados. Isso porque o projeto tramitou em regime de urgência, artifício que tem como pressupostos a relevância social e o inadiável interesse nacional, além de não admitir, por esse trâmite, proposições que diminuam os direitos fundamentais, como os direitos políticos das minorias, uma vez que esses assuntos demandam discussões mais complexas¹⁰⁸.

Por fim, Gilmar Mendes salientou que a atuação do judiciário em sede de controle de constitucionalidade preventivo seria, mais que útil, necessária para impedir o efeito de atos evidentemente inconstitucionais. Assim, resguardar-se-iam tanto o direito líquido e certo do impetrante, quanto as normas Constitucionais, além de proteger os regulamentos internos do poder legislativo¹⁰⁹ e as minorias que seriam afetadas pela dita proposição.

3.3 Do voto majoritário

Após a concessão da liminar, que gerou muita polêmica sobre a relação institucional entre os poderes legislativo e judiciário, o Mandado de Segurança foi para o plenário, onde foi rejeitado pela maioria dos ministros da Corte. Os argumentos suscitados por esses ministros podem ser sintetizados em alguns pontos.

¹⁰⁷ *Ibidem.* p. 100.

¹⁰⁸ Segundo o art. 153, I, do RICD, a “urgência poderá ser requerida quando: I – tratar-se de matéria que envolva a defesa da sociedade democrática e das liberdades fundamentais”; Por interpretação inversa, portanto, o ministro concluiu que não seria possível a tramitação com urgência de PL que pudesse comprometer as liberdades fundamentais.

¹⁰⁹ Segundo o ministro, essa proteção às normas regulamentares é utilização especial do mecanismo de segurança. (*Idem*).

Primeiramente, salientou-se que a jurisprudência do STF não permite, em regra, o controle judicial *a priori* de projetos de lei¹¹⁰. Ele seria admitido apenas nos casos de ofensa ao processo legislativo constitucional, isto é, contido à análise formal da tramitação. Isso porque os poderes majoritários – legislativo e executivo – já detêm seus próprios mecanismos de ação para esse *momentum*, o primeiro por meio do controle de constitucionalidade realizado pela Mesa e pela CCJC, e o segundo pelo controle de constitucionalidade quando da sanção ou veto. Portanto, como notou o ministro Teori Zavascki¹¹¹, a ingerência preventiva do judiciário no legislativo retiraria a prerrogativa constitucional que este poder e o executivo têm de exercer o controle prévio acerca da legitimidade das normas.

Assim, ainda segundo o referido ministro, mesmo reconhecendo-se a inconstitucionalidade material da proposição, a abertura de um precedente de interferência judicial prévia sob essa justificativa implicaria em consequências danosas para a relação institucional entre o judiciário e o legislativo. Portanto, para ele, o judiciário deveria conter-se à análise posterior, isto é, após o aperfeiçoamento do ato normativo.

Para os ministros vencedores, postergar esse *momentum* de análise do projeto pela Corte não geraria qualquer prejuízo, nem para o impetrante, nem para as minorias políticas que possivelmente seriam lesadas pela proposição. Isso porque haveria tempo hábil para o controle *a posteriori*, uma vez que a norma não valeria para as eleições do ano seguinte. Sob essa ótica, o controle judicial prévio é que afrontaria o Estado Democrático de Direito, pois não levaria em conta a legitimidade democrática do legislativo e violaria a tripartição de poderes ao bloquear qualquer discussão sobre aquele assunto no parlamento.

Sobre isso, o então presidente da Corte, ministro Joaquim Barbosa, salientou que “situações concretas de tensão entre os Poderes são corriqueiras em todas as democracias, mas não há registro histórico de Corte Constitucional que tenha impedido um Parlamento de deliberar a respeito de matéria de sua estrita

¹¹⁰ O ministro Teori Zavascki, inclusive, citou a ADI 466/DF, que declarou a impossibilidade de controle de constitucionalidade prévio em abstrato (*Apud* Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241074>. Acesso em 01 abr 2015).

¹¹¹ *Idem*.

competência”¹¹². Segundo o ministro, ainda, antecipar o momento de controle judicial de constitucionalidade “não tem cunho jurídico, mas apenas político, porque permitiria algum tipo de constrangimento público, de maneira que o interesse dos parlamentares alcançasse um nível supostamente qualificado de repercussão”¹¹³. E conclui: “ora, uma Corte Suprema não foi pensada para albergar pretensões desse tipo. Se existe um rito constitucional de impugnação da inconstitucionalidade das leis, porque não segui-lo no presente caso”¹¹⁴?

A então ministra Carmem Lúcia¹¹⁵, por sua vez, defendeu que o MS não deveria nem ser conhecido, uma vez que, para ela, não houve “exorbitância do poder legislativo” que o justificasse. Já o ministro Marco Aurélio Mello¹¹⁶ defendeu a análise do mérito da medida, mas contrariou a tese do relator de que a tramitação do PL afrontara o regimento interno da Câmara dos Deputados. Na avaliação do magistrado, o requerimento do regime de urgência fora aprovado pela maioria absoluta dos membros da Casa, tendo 259 votos favoráveis, o que confirmaria a legitimidade da adoção do rito de urgência.

Quanto à ADI 4.430/DF, o voto majoritário foi no sentido de que, consoante entendimento doutrinário, as decisões em sede de controle de constitucionalidade abstrato não vinculam o poder legislativo¹¹⁷. Sobre isso, o ministro Luiz Fux colacionou também uma série de jurisprudências e decisões monocráticas¹¹⁸ que confirmam o posicionamento a favor da capacidade legislativa de

¹¹² *Apud* Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241706>. Acesso em 1 abr 2015.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ *Apud* Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS32033CL.pdf>. Acesso em 03 abr 2015.

¹¹⁶ *Apud* Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32033mMA.pdf>. Acesso em 3 abr 2015.

¹¹⁷ Sobre isso, o ministro Luiz Fux cita, inclusive, a abalizada doutrina de Gilmar Mendes e Ives Gandra: Controle Concentrado de Constitucionalidade. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 526-529 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto Luiz Fux. MS nº 32.033/DF Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ms32033lf.pdf>. Acesso em 03 abr 2015. p. 14.)

¹¹⁸ Leia-se: Rcl-AgR nº 2.617/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 23.02.2005; ADI nº 1.850 MC/RS Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 27.04.2001; ADI nº 907 MC/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Plenário, DJ 03.12.1993; ADI nº 864 MC/RS, Rel. Min.

editar atos posteriores ao julgado, até mesmo “corrigindo” as jurisprudências do judiciário. Essa configuração, para ele, seria “*juridicamente* possível e *politicamente* recomendável¹¹⁹” (grifo do autor). Isso porque

“o STF não detém o monopólio da interpretação constitucional, que também deve ser concretizada pelos demais agentes políticos (parlamentares, membros do Poder Executivo, sociedade civil etc.), naquilo que se convencionou denominar de sociedade aberta aos intérpretes da Constituição”¹²⁰⁻¹²¹.

Ressaltou, ainda, o ministro Luiz Fux que a Constituição Federal, no artigo 60, § 4º, apenas previu a impossibilidade de admissão de *emendas constitucionais* tendentes a abolir as cláusulas pétreas. Assim, para o ministro, como as leis ordinárias não detêm o caráter balizador da norma primária, não haveria motivos para “asfixiar” o debate dos projetos de lei no poder legislativo, devendo o STF conter-se, mais uma vez, ao exame posterior da constitucionalidade material, que é a regra no sistema brasileiro.

Por fim, Fux apontou que o eventual deferimento do controle judicial *sub examine* traria inconvenientes ao sistema democrático. Uma dessas consequências negativas seria a morosidade do processo de tomada de decisões no legislativo, já que os parlamentares tenderiam a recorrer mais vezes ao judiciário. Além disso, limitar-se-ia o debate no parlamento, em prejuízo da representatividade adquirida e em nítido desrespeito à tripartição de poderes.

Moreira Alves, Plenário, DJ 17.09.1993; Rcl nº 467/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ 09.12.1994.

¹¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto Luiz Fux. MS nº 32.033/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ms32033lf.pdf>. p. 17. Acesso em 03 abr 2015.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ É o que Peter Häberle cunhou de sociedade aberta aos intérpretes, teoria que sugere uma pluralidade de intérpretes da Constituição a fim de tornar a hermenêutica constitucional a mais democrática possível, ultrapassando as fronteiras do poder judiciário (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002).

3.4 Tensão ou diálogo institucional: ações e reações entre judiciário e legislativo

A análise do MS 32.033/DF permite concluir que há, de fato, meios de diálogo institucional entre os poderes judiciário e legislativo. Um primeiro mecanismo que fomenta esse diálogo, e que é evidenciado no caso em análise, é o *judicial self restraint*. Essa autocontenção do judiciário vai em sentido contrário à tendência ativista alertada por Luís Roberto Barroso, e significa uma conduta

“pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas”¹²².

Para Saul Tourinho Leal, o *self restraint* tem dois vieses: pode significar tanto a postura em que a Corte opta pela não-decisão, quanto a postura em que a Corte decide, mas “prefere caminhar por filigranas jurídicas esquivando-se do real debate que lhe fora lançado”¹²³.

No MS 32.033/DF, o STF decidiu majoritariamente pelo indeferimento da medida, o que permitiu a continuação do debate no parlamento e favoreceu o diálogo institucional, na medida em que deixou as vias abertas para que o legislativo decidisse sobre a superação ou não daquele entendimento consolidado pela Corte na ADI 4.430. Com isso, protegeu-se a autonomia, a independência e a separação entre os poderes.

Portanto, o *self restraint* parece que é, ainda hoje, um dos efetivos meios de limitação da atividade jurisdicional¹²⁴. A supramencionada possibilidade de

¹²² BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática, 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4. Acesso em: 07 abr 2015.

¹²³ LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 43.

¹²⁴ Para Brandão, a indicação dos ministros do STF pelo chefe do executivo, a sabatina pelo Senado Federal e o poder de aprovação do orçamento dos tribunais e dos salários dos juízes pelo Congresso Nacional também configuram limitações importantes à atuação da Corte, e compõem o cenário de interdependência entre os poderes (BRANDÃO, Ricardo. Supremacia

superação das decisões da Corte pelo legislativo, seja por emenda constitucional, seja por leis ordinárias, também é fator que proporciona a conversa entre os poderes legislativo e judiciário. No caso em tela, o projeto de lei discutido pelo MS 32.033/DF acabou transformando-se na Lei 12.875/13, que tem sentido diametralmente oposto à acepção declarada na ADI 4.430.

Segundo Sérgio Antônio Ferreira Victor¹²⁵, a superação de uma decisão da Corte por meio de emenda constitucional é a forma mais corriqueira e pacífica de se estabelecer um diálogo entre o STF e o Congresso. Isso ocorre pois há alteração dos parâmetros interpretativos, isto é, das normas balizadoras da atividade hermenêutica, e essa alteração se dá por quórum privilegiado. Nesse caso, o Supremo só poderia invalidar a emenda em caso de afronta às cláusulas pétreas. Assim, conclui o autor, “com a aprovação de emenda constitucional o Congresso praticamente garante que dará a última carta no jogo (pelo menos provisoriamente)”¹²⁶.

Mais controversa é a superação de entendimento do STF por lei ordinária, que exige quórum de maioria simples, como ocorreu no caso objeto deste capítulo. Aqui, localiza-se o recorrente embate sobre quem deva prevalecer: a Corte ou o Parlamento. Sobre isso, Victor cita o caso da ADI 2.797, em que o posicionamento do ministro Gilmar Mendes mereceu destaque pela pujante defesa da liberdade do legislador e do diálogo institucional. Salientou o ministro, por exemplo, que é “a liberdade de conformação do legislador (...) que pode impedir a esclerose do sistema jurídico-político, caso ele chegue a tal ponto de travamento”¹²⁷.

Conhado Hubner Mendes, em entrevista à Sociedade Brasileira de Direito Público, brilhantemente sintetiza o embate e a teoria dialógica, que surge como um solução parcimoniosa para superar o conflito. Segundo o autor, a discussão sobre quem deve dar a última palavra em sede de controle de constitucionalidade

Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2012).

¹²⁵ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese de doutorado em Direito do Estado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 176.

¹²⁷ *Apud ibidem*. pp. 180-181.

geralmente prende-se “a uma camisa-de-força binária”¹²⁸. Isso porque tem-se a ideia fixa de que o circuito decisório seria encerrado com um ponto final, dado pelo Parlamento ou pela Corte.

Essa moldura dualista, ainda para Hubner Mendes¹²⁹, é incompleta, parcial e contraproducente, pois não abarca a possibilidade de reação do legislativo às posições do STF. É com essa bandeira que emerge a corrente pró diálogo institucional, pregando que, independentemente de quem detenha a última palavra, nada impede que a outra instituição responda, reaja e desafie aquele posicionamento. Assim, o autor¹³⁰ alerta para o fato de a última palavra ser provisória: dessa forma, abre-se o processo político a uma interação entre os poderes. Essa interação aperfeiçoa as decisões em termos de qualidade e de legitimidade.

Ferreira Victor reforça essa tese, ao concluir que o

“Poder legislativo não se vincula às decisões do STF, sobretudo quando veiculadas no controle abstrato de normas, quando terão evidentemente caráter interpretativo. O sistema impede a vinculação e impõe a liberdade ao legislador como ponto central de seu mecanismo de funcionamento, pois é justamente quando a Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei com efeitos vinculantes e *erga omnes*, dos quais fica excluído o legislador, é exatamente nesse momento que a atuação do legislador é potencialmente libertadora. Nesse ponto, somente o Poder Legislativo poderá reabrir o debate por meio da edição de uma nova lei, já que os outros poderes e órgãos estão vinculados e o Judiciário não pode agir de ofício e ditar uma lei nova.”¹³¹

Louis Fisher¹³² também vai nesse sentido e defende que os três poderes devem participar do complexo jogo institucional como intérpretes da constituição, em um movimento de ação e reação. Isso faz com que o processo de

¹²⁸ MENDES, Conhado Hubner. O STF no jogo da separação de poderes: tensões e ajustes. Entrevista com Conhado Hubner Mendes, 2008. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=12. Acesso em 13 abr 2015.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação democrática. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹³¹ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. Tese de doutorado em Direito do Estado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. p. 180.

¹³² FISHER, Louis. *Apud* DAVIS, Sue. Reviewed Work: *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Chicago: The Journal of Politics, Vol. 52, n. 1, 1990. pp. 290-292.

tomada de decisões seja circular, terminando ou estabilizando-se quando se atinge um mínimo denominador comum, ao menos temporariamente. Essa interação entre as instituições, para o autor, é uma consequência necessária da tripartição de poderes, evitando-se a preponderância de um intérprete e dinamizando o processo político, que culmina em uma decisão negociada.

Além desses mecanismos de diálogo acima apontados, e que foram evidenciados no MS 32.033/DF, há ainda outros que aparecem em momentos específicos, como na situação de omissão legislativa. Nesse caso, ou o judiciário convida o legislativo para dialogar sobre aquele assunto, ou profere uma sentença aditiva, ressaltando que a decisão só é válida até o advento da devida legislação. Adentrar nos meandros desses outros mecanismos dialógicos, como o exemplificado, porém, não é pertinente à análise central deste trabalho, que foca nos mecanismos de autocontenção do judiciário e de superação do entendimento judicial por lei ordinária.

3.5 Considerações finais do capítulo

Percebe-se que as relações entre judiciário e legislativo foram, no caso em análise, permeadas por mecanismos de diálogo institucional. Isso evidencia, em certa medida, a superação daquele embate dualista acerca de quem deve dar a última palavra sobre a constitucionalidade de uma proposição. O caso analisado emerge, portanto, como um meio termo, mostrando que o relacionamento entre os poderes não é necessariamente marcado pela vontade de dominação, mas por uma sequência de ações e reações que engrandecem o processo legislativo e corrigem as jurisprudências da Corte.

Assim, mesmo no modelo brasileiro de controle judicial de constitucionalidade, que é considerado forte, há espaço para possível resposta do poder legislativo, como foi verificado pela análise do MS 32.033/DF. No caso em questão, o legislativo editou lei em sentido oposto ao que foi julgado pelo STF, o que demonstra que a decisão da Suprema Corte não encerra o debate.

Apesar de poder ser posteriormente mitigada por futura atividade legiferante, contudo, a decisão em sede de controle judicial de constitucionalidade é importante para a interação entre os poderes. Isso porque inclui no debate argumentos a favor dos direitos das minorias, que podem ser prejudicadas pela decisão majoritária no legislativo. A ingerência do judiciário sobre a atividade legiferante é interessante, ainda, nos casos em que o próprio legislativo prefere omitir-se em face de matérias polêmicas e impopulares.

Por fim, mesmo que o entendimento de que uma lei ordinária possa superar interpretação da Corte não seja ainda pacífico entre os doutrinadores e ministros, foi a opinião preponderante no caso em análise, e que parece ser uma tendência. Este estudo de caso sugeriu que o judiciário e o legislativo são, ambos, intérpretes da constituição, e compõem um rico processo circular de tomada de decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de tensões entre os poderes executivo, legislativo e judiciário é corriqueira nos regimes democráticos. O inegável fenômeno da judicialização da política, que ganhou proporções relevantes no Brasil a partir da Constituição de 1988, e que reflete uma tendência mundial, colabora para o acirramento das tensões, principalmente no que tange ao legislativo e ao judiciário. Isso ocorre porque a sociedade passou a ver, neste poder, um corpo técnico especializado capaz de satisfazer suas demandas, fundadas no extenso rol de direitos elencados na nova e analítica Magna Carta.

O novo cenário, em que se ampliou o papel do judiciário frente aos outros poderes, contribuiu para a retomada das antigas discussões entre os doutrinadores sobre qual é o limite de flexibilização da clássica tripartição de poderes formatada por Montesquieu. Ademais, a participação do judiciário em questões temáticas de ordem política, ideológica, religiosa e moral suscita polêmica sobre a legitimidade dessas ingerências. Nesse contexto, a questão do controle judicial de constitucionalidade, que seria capaz de impor as decisões do poder judiciário em detrimento das do poder legislativo, ganha especial atenção dos pesquisadores, ensejando inúmeras controvérsias.

Partindo dessas premissas, o presente trabalho teve como objetivo central analisar os mecanismos de controle de constitucionalidade de cada um dos poderes legislativo e judiciário. Após o estudo isolado desses mecanismos, buscou-se entender a interação travada entre o Congresso Nacional e o STF, a fim de examinar possíveis tensões ou diálogos presentes nesse relacionamento. Sobre isso, a investigação de um caso concreto, o Mandado de Segurança 32.033/DF, permitiu a observação, na prática, dos vários elementos que permeiam o diálogo entre os poderes. Destarte, importantes conclusões podem ser obtidas.

Primeiramente, verificou-se que o poder legislativo detém seus próprios mecanismos internos de controle de constitucionalidade, seja por meio da Mesa da Câmara dos Deputados ou da CCJC. Isso contribui para a adequação das proposições às regras regimentais e aos limites constitucionais, tanto procedimentais

quanto materiais. Esse poder também está sujeito ao controle por meio da *accountability*, isto é, da prestação de contas entre parlamentares e eleitores.

Em segundo lugar, observou-se que, apesar da existência dos mecanismos de controle interno do poder legiferante, a teoria dos *checks and balances* pressupõe, também, que haja controle “interpoderes”. Evidencia-se, então, o polêmico e complexo controle judicial sobre a atividade legislativa. A esse respeito, a possibilidade de provocação do judiciário se mostrou um forte mecanismo detido pelas minorias, sejam elas sociais ou políticas. Isso porque, com o ingresso no judiciário, aumentam-se as chances de consecução de determinada demanda, ou, ao menos, angaria-se visibilidade em torno daquele assunto. Assim, os custos de ingresso na Corte seriam irrelevantes, quando comparados aos benefícios que isso pode gerar.

Em terceiro lugar, percebeu-se que a discussão doutrinária acerca de quem deve dar a última palavra sobre a constitucionalidade de uma proposição ainda é muito polarizada. Enquanto uma corrente prega que é o judiciário quem deve deter essa prerrogativa, devido ao seu tecnicismo, à sua imparcialidade e ao princípio da Supremacia da Constituição, outra corrente defende que o poder legislativo seria o mais apto, por sua legitimidade democrática. Consoante a Magna Carta, é o STF quem deve precipuamente guardá-la, porém pode o poder legislativo, por seus próprios mecanismos de controle, invalidar previamente uma proposição ao verificar nítida afronta à Constituição. Assim, o controle de constitucionalidade pelo judiciário ficaria residual e limitado aos casos em que o poder legislativo não o exerça.

Em quarto lugar, foi descoberto que a ingerência preventiva do poder judiciário sobre o poder legislativo tem caráter excepcional, sendo admitida, no modelo brasileiro, quando provocada por parlamentar visando a garantia de seu direito líquido e certo de não participar de trâmite de proposições que notoriamente contrariam o devido processo legislativo ou as cláusulas pétreas. Assim, a tendência é não aplicar o controle de constitucionalidade judicial sobre proposições legislativas tão somente porque elas possam dissentir de anterior interpretação do Supremo Tribunal Federal. A Suprema Corte, inclusive, vem entendendo que ao poder legislativo não se aplicam os efeitos vinculantes da jurisdição constitucional.

Em quinto lugar, pode-se concluir que a corrente do diálogo institucional vem ganhando força e emerge como uma solução parcimoniosa para o aparente conflito entre os poderes judiciário e legislativo. O caso do MS 32.033/DF evidencia que os mecanismos dialógicos, de fato, permeiam a interação entre esses poderes. Exemplos desses mecanismos são o *judicial self restraint* e a possibilidade de superação das jurisprudências pelo poder legislativo. Sob essa ótica, ambos os poderes são considerados intérpretes da Constituição e participam, agindo e reagindo, de um complexo processo de tomada de decisões. Esse processo é circular e culmina em um consenso, ainda que temporário.

Por fim, conclui-se que o controle judicial de constitucionalidade tem papel fundamental no sistema democrático. Isso porque ele inclui no debate político e na pauta midiática os interesses de uma minoria que muitas vezes é marginalizada e sufocada pelas posições majoritárias do Parlamento. Assim, mesmo que a decisão judicial em prol de uma minoria seja posteriormente revertida pelo poder legislativo, o simples “constrangimento público”¹³³, angariado pelo STF, gera efeitos benéficos ao sistema democrático, pois proporciona maior informação e conhecimento público sobre aquele tema, enriquecendo o debate no parlamento e favorecendo o diálogo institucional.

¹³³ Salientado pelo ministro Joaquim Barbosa, em seu voto (*Apud* Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241706>. Acesso em 1 abr 2015).

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. Dos Três Poderes Existentes em Todo o Governo. In: _____ . *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. O Controle Legislativo de Constitucionalidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que Chegamos*, 2008. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf. Acesso em 7 abr 2015.
- _____. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática, 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4. Acesso em 07 abr 2015.
- _____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista da OAB*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 19 mar 2015.
- BRANDÃO, Ricardo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2012.
- BRASIL. Constituição Federal, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 19.
- CARNEIRO, André Corrêa de Sá. Princípios do Processo Legislativo. *Conversa Pessoal*, ano X, nº 115, jun 2010. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/portaldoservidor/jornal/jornal115/processo_legislativo.aspx. Acesso em 06 mar 2015.
- _____; SANTOS, Luiz Claudio Alves; NETTO, Miguel Gerônimo da Nóbrega. *Curso de Regimento Interno*. 2ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.
- DAVIS, Sue. Reviewed Work: *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Chicago: *The Journal of Politics*, Vol. 52, n. 1, 1990. pp. 290-292.
- DOTAN, Yoav e HOFNUNG, Menachem. Legal Defeats – Political Wins: Why do Elected Representatives Go to Court? *Comparative Political Studies*, vol. 38, nº 1, 2005. pp. 75-103.

DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and Constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, 1990.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 16-19.

FERREIRA, Amauri Martins. Poder Constituinte, Federalismo e Controle da Constitucionalidade de Lei e Ato Normativo Federal ou Estadual. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 43, n. 73, p.131-142, jan/jun, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAMILTON, Alexander. The Federalist, no LXXVIII. Nova Iorque: Scribner, Armstrong, 1876.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOCKE, John. Dos poderes legislativo, executivo e federativo da comunidade. In: _____. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: IBRASA, 1963.

LOPES, Fabio Almeida. Princípios do Processo Legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica. Monografia (especialização): Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor) da Câmara dos Deputados, 2009.

MENDES, Conrado Hubner. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. O STF no jogo da separação de poderes: tensões e ajustes. Entrevista com Conhado Hubner Mendes, 2008. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=12. Acesso em 13 abr 2015.

_____. Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação democrática. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo

- Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONTESQUIEU. Do Espírito das leis. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.
- MOREIRA, Vital. *Constituição e Democracia*. Em: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- NEGRI, André del. Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NETTO, Menelick de Carvalho. Entrevista com Menelick de Carvalho Netto. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 4, 2007.
- NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativista*, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001. Acesso em 13 abr 2015.
- ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito*. Cad. Esc. Legisl. Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 11-63, jan./jun, 2004.
- SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. São Paulo: Del Rey, 2006.
- SILVA, José Afonso da. A lei. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76866>>. Acesso em: 18 março 2015.
- _____. Processo Constitucional de Formação das Leis. 2^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? In: *Conjur*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#_ftn1_7788. Acesso em: 19 mar 2015.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS-MC n^o 32.033/DF. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ms_32033.pdf. Acesso em 06 abr 2015.
- _____. Plenário. ADI n^o 4.430/DF. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543766>; Acesso em 06 abr 2015.
- _____. Voto Gilmar Mendes. MS-MC n^o 32.033/DF. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS32033.pdf>. Acesso em 06 abr 2015.

_____. Voto Luiz Fux. MS nº 32.033/DF Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ms32033lf.pdf>. Acesso em 06 abr 2015.

TAYLOR, Matthew M; ROS, Luciano Da; *Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política*, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v51n4/02.pdf>. Acesso em: 19 mar 2015.

_____. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 50, nº 2, pp 229 a 257.

VALLINDER, Torbjorn; TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, vol.19, n.2, 2007. pp. 39-85.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese de doutorado em Direito do Estado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. p. 180.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição como reserva de justiça*. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo: CEDEC Publicações, 1997.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

WOODS, Patricia J.; HILBINK, Lisa. Comparative sources of judicial empowerment: ideas and interests. *Political Research Quarterly*, v. 62, n.4, p. 745-752, 2009.

SÍTIOS ELETRÔNICOS:

Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241706>; Acesso em 03 abr 2015

_____. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS32033CL.pdf>. Acesso em 03 abr 2015.

_____. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32033mMA.pdf>. Acesso em 3 abr 2015.

_____. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241074>. Acesso em 01 abr 2015.