UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HÍCARO QUINTELA DE MEDEIROS CLEMENTE

OS LIMITES DEMOCRÁTICOS DE ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTROLE PREVENTIVO DO PROCESSO LEGISLATIVO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COM O OBJETIVO DE REGULAR ATOS LEGISLATIVOS DO CONGRESSO NACIONAL

BRASÍLIA
2014

HÍCARO QUINTELA DE MEDEIROS CLEMENTE

OS LIMITES DEMOCRÁTICOS DE ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTROLE PREVENTIVO DO PROCESSO LEGISLATIVO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COM O OBJETIVO DE REGULAR ATOS LEGISLATIVOS DO CONGRESSO NACIONAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB

Orientador: Prof. Doutor Guilherme Scotti Rodrigues

Brasília

2014

HÍCARO QUINTELA DE MEDEIROS CLEMENTE

OS LIMITES DEMOCRÁTICOS DE ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTROLE PREVENTIVO DO PROCESSO LEGISLATIVO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COM O OBJETIVO DE REGULAR ATOS LEGISLATIVOS DO CONGRESSO NACIONAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Professor Doutor Guilherme Scotti Rodrigues
Orientador

Professor Doutor Juliano Zaiden Benvindo
Membro da banca

Professor Doutor Jorge Octávio Lavocat Galvão
Membro da banca

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
Membro suplente da banca

Brasília, 5 de dezembro de 2014

AGRADECIMENTOS

Eis que chego ao fim desta etapa de muitas conquistas e desafios, a qual representou uma grande transformação em minha vida, não só do ponto de vista intelectual, mas sim principalmente pela perspectiva do amadurecimento pessoal.

Gostaria de agradecer, inicialmente, a Deus por sua bênção nessa trajetória. Agradeço também a todos meus familiares, que algum modo sempre me apoiaram e me incentivaram a perseguir meus objetivos.

Em especial, presto meus sinceros agradecimentos aos meus pais, Ronaldo Clemente da Silva e Tasmânia Quintela de Medeiros Silva, o primeiro, meu grande exemplo, a segunda, a grande mulher de minha vida, por não só me abençoarem com a graça do nascimento, mas principalmente pelo incansável apoio e incondicional amor, ao meu irmão e melhor amigo, Perseu Quintela de Medeiros Clemente, pelo companheirismo e por ensinar a importância da humildade nas opiniões jurídicas, e às minhas avós, sobretudo à minha avó Maria Nita, pelo imensurável suporte e confiança na realização dos meus sonhos.

Não poderia deixar de agradecer também aos grandes amigos que me acompanharam diretamente nesse longo período universitário, em especial ao Bernardo Leão, Bruno Clemente, Filipe Teixeira, João Otávio, Luís Czarn, Luís Paulo, Marcelo Franceschet, Pedro Sobral, Roberto Lins, Robson Junior, Tito Tácio, Victor Oliveira e Victor Reis, os quais, além de compartilharem suas verdadeiras amizades e proporcionarem memoráveis debates acadêmicos construtivos, foram responsáveis por tornarem inesquecíveis as experiências da Universidade.

RESUMO

A jurisdição constitucional, compreendida como a possibilidade de órgãos jurisdicionais revisarem atos legislativos do Parlamento, usufruiu de notável difusão em escala global a partir da segunda metade do século XX. No Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF) experimentou notável alargamento de sua competência, sendo, atualmente, a instituição proeminente na resolução de questões sensíveis. Nesse sentido, observa-se que controle de constitucionalidade do STF não só repreende leis regularmente promulgadas, como também pode obstar o prosseguimento do processo legislativo, após provação por Mandado de Segurança. Todavia, a judicialização preventiva dos procedimentos do Congresso Nacional precisa ser confrontada com argumentos que, embora comprometidos com a efetivação da democracia constitucional, aponta as dificuldades democráticas de uma atuação judicante massiva sobre questões políticas. Esses argumentos críticos, por sua vez, devem se pautar pela análise da dimensão argumentativa que molda os discursos da jurisdição constitucional e pela elucidação da centralidade democrática do Parlamento. A análise do controle preventivo de constitucionalidade do processo legislativo, realizado desse modo complexo, demonstra, por fim, que uma limitação preventiva material de projetos de emendas constitucionais, além de expor limitações argumentativas da aplicação do direito, pode ilegitimamente obstar o desenvolvimento de um legítimo procedimento democrático de estabilização do desacordo fundamentado.

Palavras-chave: Constituição; Democracia; Jurisdição Constitucional; Estado; Parlamento; Congresso; Legislativo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....7
1. CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO: DESENVOLVIMENTO, DEFINIÇÃO E HIPÓTESES.....9
1.1 A centralidade da jurisdição constitucional no contexto brasileiro contemporâneo.....9
1.2 Delimitação das hipóteses de cabimento do controle jurisdicional preventivo do processo legislativo.....12
1.3 Desafios democráticos que se impõem ao controle preventivo judicial de constitucionalidade.....16
2. OS LIMITES ARGUMENTATIVOS: OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS COMO QUESTÕES DE PRINCÍPIO.....19
2.1 A interpretação construtiva do direito.....19
2.2 A integridade na aplicação correta do direito e sua abertura à leitura moral.....21
2.3 Argumentos de princípio e argumentos de política.....24
3. O PROCESSO LEGISLATIVO COMO UM MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.....28
3.1 A definição constitucional da democracia e sua relação com o desacordo moral.....28
3.2. O descordo moral e a necessidade de uma concepção procedimental da democracia.....32
3.3. A dignidade do processo legislativo.....35
3.4. O desenvolvimento do processo político como requisito essencial ao aprendizado democrático.....39
4. A ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS HIPÓTESES DE CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL DO PROCESSO LEGISLATIVO 42
4.1. A hipótese do controle judicial preventivo formal.....42
4.2. A hipótese do controle judicial preventivo material.....45

CONCLUSÃO.....52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....54

INTRODUÇÃO

O fenômeno da jurisdição constitucional inegavelmente ocupa um lugar central na estrutura sócio-política das democracias constitucionais modernas.

No Brasil, em especial a partir da promulgação da Constituição de 1988, a jurisdição constitucional usufruiu de um notável desenvolvimento, de modo que, por meio da ampliação das ações de controle de constitucionalidade, e devido à inércia do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a ocupar posição proeminente na resolução de questões políticas sensíveis.

Entretanto, o alargamento de competências do Supremo Tribunal repercutiu não apenas no controle repressivo de constitucionalidade, mas também propiciou o desenvolvimento jurisprudencial de um controle preventivo do processo legislativo.

De fato, a jurisprudência da Corte Constitucional concebe, atualmente, duas possibilidades de controle preventivo de atos do legislativo: (a) quando a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) seja manifestamente ofensiva às cláusulas pétreas, ou (b) quando os procedimentos adotados no Congresso Nacional, relacionados à tramitação de projetos de lei ou emenda, violarem flagrantemente a disciplina constitucional do processo legislativo.

A doutrina tradicional, possivelmente internalizando o caráter extraordinário atribuído a esse tipo de controle pela Corte Constitucional, quando aborda o tema, limita-se apenas a respaldar e reiterar a jurisprudência do STF, sem produzir uma análise crítica e complexa do instituto.

Nesse sentido, este trabalho tem o objetivo de abordar o controle de constitucionalidade preventivo de uma forma crítica e complexa, desenvolvendo argumentos comprometidos com a efetiva realização dos pressupostos de uma democracia constitucional.

Para realizar tal abordagem, serão definidas as características argumentativas dos discursos de aplicação do direito, bem como os elementos democrático-institucionais que fundamentam a centralidade do processo legislativo na tomada de decisões coletivas.

Assim, no capítulo 2 será desenvolvido um raciocínio capaz de identificar corretamente os limites argumentativos que pautam a aplicação do direito. Nesse ponto, será defendido que a interpretação do direito, que deve estar orientada a mostrar, criativamente, o fenômeno jurídico em sua melhor luz, deve se fundamentar em uma lógica de princípios.

No capítulo 3, por sua vez, abordar-se-á a atuação do Parlamento como um mecanismo de efetivação da democracia constitucional, apontando que, diante da dignidade

inerente aos procedimentos legislativos, a judicialização massiva de questões políticas sensíveis, ainda mais de modo preventivo, pode inibir ou mesmo impossibilitar um genuíno processo democrático de tomada de decisões coletivas.

Por fim, diante do enquadramento do fenômeno jurídico e do processo legislativo no contexto da democracia constitucional, as hipóteses autorizadoras do controle preventivo de constitucionalidade serão postas em análise.

Após esse escrutínio, serão apontadas conclusões sobre a possibilidade de justificação desse tipo de atuação preventiva da jurisdição constitucional em um contexto democrático complexo, como o brasileiro contemporâneo.

1. CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO: DESENVOLVIMENTO, DEFINIÇÃO E HIPÓTESES

1.1 A centralidade da jurisdição constitucional no contexto brasileiro contemporâneo

A jurisdição constitucional, compreendida neste trabalho como a possibilidade de órgãos jurisdicionais reverem atos legislativos do Parlamento, ocupa um lugar central na estrutura sócio-política de diversas democracias constitucionais modernas.[1]

De fato, com a intensa positivação de direitos fundamentais que ocorreu na transição entre os séculos XX e XXI, decorrente de lutas políticas de emancipação de Estados oprimidos ou de lutas sociais por uma redemocratização (tendo o Brasil como um exemplo notável), a jurisdição constitucional passa a ser concebida, por uma doutrina tradicional, como um inevitável corolário de um sistema democrático constituído no respeito a direitos, de modo que, como apontado por Jeremy Waldron: "Por muito tempo vista como uma peculiaridade estadunidense, a constitucionalização de direitos básicos aliada à prática do *judicial review* tende a ser compreendida como um modelo global de democratização."[2]

Essa expansão da atuação dos órgãos jurisdicionais conduz, constantemente, a um atrito de competências com o Poder Legislativo na medida em que a última palavra, em matéria de discussões constitucionais sensíveis, passa a ser prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário. A discussão a respeito da legitimidade da jurisdição constitucional, dessa maneira, adquire importância notória nos debates jurídicos e políticos contemporâneos, pois a preocupação com a instituição de uma ordem democrática exige uma explicação racional da atuação de seus órgãos formais.

Hans Kelsen, um dos responsáveis pelo desenvolvimento do chamado modelo europeu de controle de constitucionalidade, em célebre exposição,[3] já apontava para a importância da jurisdição constitucional na defesa dos direitos previstos na Carta Magna.

---

[1] O termo "jurisdição constitucional" é utilizado de modo genérico em variados contextos semânticos, usualmente relacionados com a defesa dos direitos fundamentais por meio de mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade. Todavia, para os fins deste trabalho, o termo será empregado em um sentido mais específico, qual seja, a possibilidade de órgãos jurisdicionais revisarem e intervirem nos atos legislativos do Parlamento.

[2] WALDRON, Jeremy. O Judicial Review e as Condições da Democracia. In. ALPINO BIGONHA, Antônio Carlos (org.); Moreira, Luiz. (org.). *LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 243.

[3] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Aduzia Kelsen que somente com a jurisdição constitucional seria possível assegurar a força deontológica das garantias constitucionais:

> Uma constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória. Toda lei, todo regulamento, e mesmo todo ato jurídico geral produzido pelos indivíduos, tem uma força jurídica superior à de tal Constituição, à qual no entanto são subordinados e da qual todos eles deduzes sua validade. O direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato – excetuada a Constituição- que esteja em contradição com a norma superior.[4]

No Brasil, observa-se que a jurisdição constitucional adquiriu importância notória com a promulgação da Constituição de 1988 e com suas posteriores modificações, em especial a alteração promovida pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, conhecida como reforma do judiciário.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do alargamento de sua competência no texto constitucional de 1988, passou a desempenhar uma posição política central no cenário institucional brasileiro, de modo que à Corte cabe, usualmente, a última palavra sobre a resolução de controvérsias constitucionais sensíveis. Esse protagonismo do STF pode ser explicado por diversos fatores, sejam eles sócio-políticos, sejam eles mais relacionados com o desenvolvimento da técnica jurídica de controle de constitucionalidade.

De fato, desde a instituição da representação de inconstitucionalidade na Constituição de 1946, pela promulgação da EC 16/65, o controle abstrato de normas ganhou grande destaque dentro do âmbito de atribuições do STF. O sistema constitucional vigente, estipulado pelo texto de 1988, seguiu a tendência que se observara nas Constituições anteriores: a progressiva concentração da competência, no âmbito do STF, da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos.

É inegável a centralidade do controle abstrato e concentrado de normas na atual dinâmica de configuração institucional da jurisdição constitucional brasileira. O rol amplo de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação

---

[4] *Ibid.*, p. 179

Declaratória de Constitucionalidade (ADC), constante dos incisos do artigo 103, da Constituição, demonstra claramente a opção política do constituinte originário e derivado de atribuir à Corte Constitucional a competência precípua da defesa da democracia contra atos normativos inconstitucionais promulgados pelo Parlamento, o que se mostra ainda mais notório quando se constata o efeito *erga omnes* das decisões tomadas em sede de controle abstrato.

Mas não somente o controle abstrato de normas sofreu profundas modificações do quadro constitucional contemporâneo brasileiro. A competência do STF no que diz respeito ao controle concreto de normas também observou alterações sensíveis, que reforçam a proeminência institucional do Tribunal na defesa das disposições constitucionais.

Nesse contexto, a Emenda Constitucional (EC) 45/2004, além de instituir a repercussão geral para o Recurso Extraordinário, aproximando-o do controle abstrato, propiciou um alargamento significante da competência do STF ao criar o instituto da Súmula Vinculante (Constituição Federal, artigo 103-A). Por meio desse instituto, como cediço, ficou estabelecido que a Corte Constitucional, após reiterada decisões sobre matéria constitucional, pode, pelo voto de dois terços de seus membros, aprovar uma Súmula com força obrigatória sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e sobre a Administração Pública.[5]

O modelo institucional de separação de poderes delineado na Constituição de 1988 e consagrado no âmbito doutrinário, por conseguinte, atribui à jurisdição constitucional proeminente posição de guardiã das garantias fundamentais que possam ser maculadas tanto por atos do Executivo, quanto pela atuação legislativa do Congresso Nacional.

Entretanto, essa tradição jurídica nacional, muitas vezes irrefletida, precisa ser confrontada com argumentos que, embora comprometidos com a efetivação do regime democrático, demostram como a judicialização massiva de questões políticas sensíveis é capaz de inibir, ou mesmo comprometer, um genuíno processo democrático de tomada de decisões.

Diante disso, é importante frisar que o desenvolvimento supracitado das atribuições do STF diz respeito, primordialmente, aos mecanismos tradicionais de controle repressivo de constitucionalidade, isto é, àquele realizado posteriormente à edição do ato normativo reputado inconstitucional.

Opostamente ao controle repressivo de constitucionalidade, o ordenamento jurídico brasileiro vigente admite modalidades de controle preventivas, notadamente de caráter político. Tais mecanismos de controle são exercidos, em regra, pelo Congresso Nacional (no âmbito das

---

[5] Sobre as repercussões da EC 45/2004 no sistema difuso do controle de constitucionalidade e a concentração da interpretação constitucional no STF, bem como suas repercussões na separação dos poderes, ver: BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the Limits of Constitutional Adjudication*. Berlin: Springer, 2010, p. 88-109.

Comissões de Constituição e Justiça que se manifestam a respeito da constitucionalidade da espécie normativa em tramitação) e pelo Poder Executivo, o qual pode opor veto ao projeto aprovado no Legislativo sob o argumento de inconstitucionalidade do ato normativo (veto jurídico), nos termos do artigo 66, §1º, da Constituição Federal.

Todavia, ainda que não explicitamente previsto no texto constitucional, a jurisprudência da Corte Constitucional evoluiu no sentido de permitir, em condições especiais, a análise preventiva de constitucionalidade dos atos legislativos do Parlamento a partir da impetração, por parlamentares, de Mandado de Segurança:

> A respeito do mandado de segurança, ainda sob a Constituição de 1967/69, o Supremo Tribunal Federal, no MS 20.257, entendeu admissível a impetração de mandado de segurança contra ato da Mesa da Câmara ou do Senado Federal, asseverando que, quando "a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda (...), a inconstitucionalidade (....) já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição." Esse entendimento vem sendo seguido pelo Tribunal em diversos precedentes, o que demonstra que se adota controle preventivo de constitucionalidade, na modalidade incidental ou concreta. Trata-se de uma situação excepcional de controle preventivo de caráter judicial.6

Tal desenvolvimento jurisprudencial, com a consequente definição das hipóteses permissivas do controle preventivo, produz graves questionamentos quanto aos limites de atuação argumentativos e institucionais do Supremo Tribunal Federal em um contexto democrático complexo, isto é, caracterizado pela grande divergência entre os cidadãos a respeito de questões sociais, políticas, econômicas e jurídicas sensíveis.

Nesse sentido, passa-se a demonstrar, especificamente, como as hipóteses permissivas do controle preventivo desenvolvidas no âmbito jurisprudencial necessitam de um escrutínio crítico que, embora comprometido com a efetivação do regime democrático, aponta as dificuldades de justificação das práticas inibitórias dos procedimentos legislativos atinentes a projetos de lei ou emendas.

1.2 Delimitação das hipóteses de cabimento do controle jurisdicional preventivo do processo legislativo

[6] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1144-1145

O desenvolvimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade não está atrelado à vigência da Constituição de 1988. De fato, a Corte sedimentou as hipóteses de cabimento do controle preventivo ainda sob a égide da Constituição de 1967/1969, mais especificamente no ano de 1980, quando foi julgado o Mandado de Segurança (MS) nº 20.257/DF (*leading case).*[7]

Postulavam os impetrantes, Senadores da República, o trancamento de Proposta de Emenda àquela Constituição que visava aumentar o tempo do mandato de prefeitos, vice-prefeitos, e vereadores. Argumentava-se que a proposição de elevação dos mandatos municipais não poderia ser objeto de deliberação ante o exposto no artigo 47, §1º, da Constituição vigente à época, cujo texto aduzia que: "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República".

Apesar de algumas discussões paralelas sobre a perda de objeto da ação mandamental, o Ministro Moreira Alves, redator para o acórdão, delineou em seu voto o que viria a se tornar a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal sobre o cabimento de Mandado de Segurança para intervir no processo legislativo:

> Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra.
> **Diversa porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57), ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.**

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 20.257/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, Julgamento em 08/10/1980, Publicação no DJ em 10/04/1981.

> E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois que se falar, a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim, não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga.
> Considero, portanto, cabível, em tese, o presente mandado de segurança.[8]

Observa-se, nos termos do voto mencionado, que a Corte Constitucional vedou, como regra, a possibilidade de controle preventivo de um projeto de lei ou de emenda constitucional em virtude de suposta contrariedade a um princípio constitucional, pois nesse caso a inconstitucionalidade será da própria espécie normativa e não de seu processamento, de maneira que a averiguação do vício de inconstitucionalidade só poderá ser feita posteriormente, após a formalização da existência da lei.

Todavia, é aduzido no voto supracitado que quando a vedação constitucional se dirigir ao próprio processamento da lei ou emenda, o controle preventivo mostra-se legítimo, visto que a própria Constituição impediria, por sua gravidade, a deliberação de tais projetos de espécies normativas. Nesses casos, destaca-se que o próprio processamento do projeto de lei estaria vedado pelo texto constitucional, tendo como exemplo clássico a deliberação no Congresso Nacional sobre matérias ofensivas ao conteúdo das cláusulas pétreas (limites materiais de reforma ao poder constituinte derivado).

Acrescenta, por fim, o supracitado voto que, nessa hipótese de controle preventivo, o Poder Judiciário, por ser o legítimo guardião da Constituição, estaria acima das demais instituições políticas, sendo impróprio arguir nessas circunstâncias questões relativas à separação de Poderes.

Expostos os limites materiais de cabimento da ação mandamental, ainda padecia de definição a questão relativa à legitimidade ativa para a impetração do Mandado de Segurança. Afinal, quem teria direto líquido e certo para provocar a Corte Constitucional com o objetivo de intervir no processo legislativo?

A questão foi solucionada no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do MS 20.452,[9] em 1984, quando, após algumas discussões sobre a preliminar de ilegitimidade ativa, ficou decidido que apenas os parlamentares possuiriam legitimidade para impetrar Mandado de

---

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 20.257/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, Julgamento em 08/10/1980, Publicação no DJ em 10/04/1981, p. 337-339.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 20.452/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Aldir Passarinho, Julgamento em 07/11/1984, Publicação no DJ em 11/10/1985.

Segurança em desfavor do processo legislativo, visto que apenas eles possuem direito líquido e certo ao fiel cumprimento do devido processo legislativo.

Já sob a vigência da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal continuou a sedimentar sua jurisprudência sobre o tema, ressaltando corriqueiramente o caráter excepcional do controle preventivo, mas sempre destacando explicitamente suas hipóteses de cabimento:

> O controle de constitucionalidade tem por objeto lei ou emenda constitucional promulgada. Todavia, cabe ser exercido em caso de projeto de lei ou emenda constitucional quando a Constituição taxativamente veda sua apresentação ou a deliberação. Legitimidade ativa privativa dos membros do Congresso Nacional.[10]

Por outro lado, a Corte Constitucional vem interpretando a expressão "vedação constitucional quanto ao processamento" da espécie normativa, delineada no voto do Ministro Moreira Alves supracitado, em um sentido amplo.

De fato, sedimentou-se jurisprudência no sentido de que o controle preventivo, via Mandado de Segurança, é cabível não apenas quando o projeto de lei/emenda diz respeito a matérias tratadas em cláusulas pétreas, mas também quando ocorrerem vícios formais de inconstitucionalidade nos procedimentos do Parlamento.

Essa hipótese representa típico caso de inconstitucionalidade formal, isto é, aquela que não está relacionada ao conteúdo da proposta de lei/emenda, mas sim aos seus mecanismos de tramitação:

> Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei. Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.[11]

Em tais casos de inconstitucionalidade formal, o Supremo Tribunal vem consignando a legitimidade de impetração de Mandado de Segurança, por parlamentares, para

---

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 21.642/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Presidente, Julgamento em 25/01/1993, Publicação no DJ em 03/02/1993.

[11] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1070

assegurar o direito líquido e certo dos impetrantes à observância das regras atinentes ao devido processo legislativo constitucional,[12] como se observa na seguinte passagem:

> O parlamentar no pleno exercício do mandado eletivo ostenta legitimidade ativa *ad causam* para impetrar mandado de segurança com a finalidade de prevenir atos no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizem com o processo legislativo constitucional.[13]

Nesse contexto, consolidando as informações colhidas da jurisprudência analisada, observa-se que, atualmente, o Supremo Tribunal Federal admite a impetração, por parlamentares, de Mandado de Segurança com o objetivo de controlar preventivamente a constitucionalidade dos atos legislativos, nas seguintes hipóteses: **(a) quando a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) seja manifestamente ofensiva às cláusulas pétreas, ou (b) quando os procedimentos adotados no Congresso Nacional, relacionados à tramitação de projetos de leis ou de emenda constitucional, violarem flagrantemente a disciplina constitucional do processo legislativo:**

> É sabido que nosso sistema constitucional não prevê nem autoriza o controle de constitucionalidade de meros projetos normativos. (...) Somente em duas situações a jurisprudência do STF abre exceção a essa regra: a primeira, quando se trata de Proposta de Emenda à Constituição – PEC que seja manifestamente ofensiva a cláusula pétrea; e a segunda, em relação a projeto de lei ou de PEC em cuja tramitação for verificada manifesta ofensa a algumas das cláusulas constitucionais que disciplinam o correspondente processo legislativo.[14]

1.3 Desafios democráticos que se impõem ao controle preventivo judicial de constitucionalidade

---

[12] Nesse ponto é importante salientar que, segundo a jurisprudência majoritária do STF, a inconstitucionalidade formal, relacionada ao conceito de devido processo legislativo, não alcança questões tratadas pelos regimentos internos das Casas do Congresso (questões *interna corporis*). A propósito, leciona MENDES e BRANCO (2011, p. 1071) que: "No direito brasileiro, reconhece-se (...) a não censurabilidade dos atos exclusivamente *interna corporis*. (...) O Supremo Tribunal Federal tem assentado, *v.g.*, que 'matéria relativa à interpretação de normas de regimentos legislativos é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis'*."

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 31.816/DF, Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Ministro Teori Zavascki, Julgamento em 27/02/2013, Publicação no DJ em 13/05/2013.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 32.033/DF, Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Ministro Teori Zavascki, Julgamento em 20/06/2013, Publicação no DJ em 18/02/2014, p. 140.

Analisado o desenvolvimento jurisprudencial quanto às hipóteses de cabimento do controle preventivo jurisdicional, cabe agora lançar os desafios que serão tratados nos capítulos subsequentes.

De fato, apesar da relevância teórica e mesmo prática de diversos casos julgados pela Corte Constitucional por meio do Mandado de Segurança preventivo, observa-se um inusitado silêncio na doutrina constitucional brasileira sobre os limites de atuação ou mesmo sobre a legitimidade democrática de tal modalidade de intervenção do Judiciário no Legislativo.

O que se constata, na realidade, é uma total reprodução na doutrina do entendimento delineado na jurisprudência do Supremo Tribunal, sem que haja uma necessária análise crítica do instituto. A propósito, confira-se o tratamento da matéria por Luís Roberto Barroso em sua obra "O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro":

> Existe, ainda, uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade, em sede judicial, que tem sido admitida no direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal tem conhecido de mandados de segurança, requeridos por parlamentares, contra o simples processamento de proposta de emenda à Constituição cujo conteúdo viole algumas das cláusulas pétreas do art. 60, §4º. Em mais de um precedente, a Corte reconheceu a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional.[15]

Essa apatia doutrinária pode ser explicada, possivelmente, pelo caráter "excepcional" do controle preventivo adotado nos discursos que compõem os precedentes da Corte Constitucional, a despeito dos diversos casos que se acumulam no repertório jurisprudencial, inclusive com repercussão midiática.

Entretanto, colhe-se da Jurisprudência comparada, notadamente do constitucionalismo norte-americano, bem como da filosofia do direito, diversos questionamentos que problematizam a intervenção massiva preventiva do Judiciário nos processos deliberativos do Parlamento.

A judicialização de questões políticas sensíveis, ainda mais de modo preventivo, não pode ser respaldada por uma simples reprodução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dessa maneira, as hipóteses e fundamentos do controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade devem ser alvo de uma análise crítica que, a despeito de se comprometer

---

[15] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44

com a efetivação do regime democrático, forneça mecanismos complexos de análise da prática jurisprudencial.

Nesse sentido, as conclusões a respeito da legitimidade democrática e constitucional das hipóteses autorizadoras do controle preventivo do processo legislativo, por parte da jurisdição constitucional, somente poderão ser atingidas após uma complexa análise argumentativa dos fundamentos teóricos que embasam os limites de atuação dos órgãos jurisdicionais em um contexto de democracia constitucional.[16]

Por sua vez, a definição desses limites de atuação preventiva da jurisdição constitucional pode ser dividida em duas dimensões, sendo uma relacionada à construção dos argumentos jurídicos e a outra concernente à centralidade do Legislativo na efetivação do regime democrático. Assim, irão ser analisados: (i) os limites discursivos/argumentativos que conduzem a atuação das Cortes Constitucionais na defesa da Constituição e (ii) a importância do processo legislativo na estabilização do dissenso moral fundamentado.

[16] O conceito de democracia constitucional (melhor desenvolvido no capítulo 3) será utilizado nesse trabalho em um sentido específico, nos termos da definição proposta por Ronald Dworkin (2006, p.26) como um regime em que **"as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito"**. Nesse contexto, democracia constitucional representa um regime político complexo, de latente desacordo moral entre os cidadãos, em que, apesar da necessidade da tomada de decisões coletivas, há um difundido respeito pelos direitos fundamentais dos membros da comunidade.

2. OS LIMITES ARGUMENTATIVOS: OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS COMO QUESTÕES DE PRINCÍPIO

Neste capítulo pretende-se analisar o primeiro dos elementos intrínsecos à atuação da jurisdição constitucional apontados no final do capítulo anterior, quais sejam, os limites argumentativos que pautam a aplicação correta do direito.

Assim, a averiguação dos mecanismos legítimos e delimitadores da interpretação dos discursos jurídicos de aplicação, fundamentalmente dirigidos por princípios, permitirá contrapô-los a uma lógica de aplicação pautada por argumentos políticos.

Somente a partir da fiel caracterização de uma aplicação correta do discurso jurídico será possível, em conjunto com a análise democrática institucional desenvolvida no capítulo seguinte, apreciar as hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade do processo legislativo sob um prisma complexo e comprometido com a efetivação do regime democrático.

2.1 A interpretação construtiva do direito

Ronald Dworkin, constatando a centralidade que as divergências eminentemente teóricas ocupam na resolução de casos jurídicos, propõe a elaboração de uma teoria da interpretação do direito capaz de não só abarcar a complexidade corriqueira dos casos judiciais, mas também inserir a moralidade política no âmago da interpretação constitucional.[17]

Nesse contexto, salienta Dworkin que a interpretação das práticas sociais (sendo o direito um exemplo) guarda íntima relação com a interpretação artística visto que "ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica." [18]

Por sua vez, essas interpretações artísticas e de práticas sociais são concebidas como exemplos de interpretação criativa construtivas, isto é, como formas de interpretação capazes

---

[17] Nesse ponto é importe observar que, conforme observa RODRIGUES (2008, p. 79), a própria elaboração de uma teoria da interpretação é por si mesma um conceito interpretativo: *"A atitude interpretativa adotada por Dworkin funciona do ponto de vista interno, dos próprios intérpretes. Diante da consciência da condição linguístico-pragmática de todo saber, percebe-se que o próprio conceito de interpretação é um conceito interpretativo".*

[18] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luis Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 61

de impor um propósito a determinado objeto, a fim de demonstrá-lo em sua melhor forma possível.

Essa afirmação poderia suscitar a ideia de que se a interpretação das práticas sociais tem um caráter teleológico intrínseco, o qual atribui um propósito ao objeto examinado, o intérprete estaria livre, do ponto de vista argumentativo, para elaborar explicações inovadoras, sem relação direta com o fenômeno social em análise.

Todavia, a interpretação construtiva proposta por Dworkin não se confunde com a adoção de uma razão abstrata e descompromissada historicamente, pois a prática argumentativa explicativa está inserida em um contexto hermenêutico discursivo. A própria imersão histórica do intérprete, sobrecarregado com seus preconceitos compartilhados intersubjetivamente, é responsável por manter limites sensatos à intepretação:

> Não nego o que é óbvio, isto é, que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa da qual não podem escapar totalmente. A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas.[19]

Essa constatação demonstra, claramente, o caráter hermenêutico adotado pela interpretação construtiva do direito a qual, a despeito de sua vinculação histórica, pressupõe uma postura crítica quanto aos seus precedentes interpretativos.

De fato, como aponta Gadamer e reconhecido por Dworkin, a interpretação não decorre de uma apreensão direta do objeto pelo sujeito, mas sofre a inevitável ingerência da imersão histórica do intérprete. Tal imersão, por sua vez, é responsável pela projeção e posterior confirmação dos preconceitos do intérprete (círculo hermenêutico), sedimentando o caráter subjetivo da interpretação, o qual, por fim, inverte a relação interpretativa clássica "sujeito-objeto" para a interação "sujeito-sujeito." [20]

A propósito, consolidando didaticamente o conceito central da interpretação construtiva, argumenta Rodrigues que:

---

[19] *Ibid.*, p. 74-75

[20] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

> Os propósitos que estão em jogo na interpretação criativa construtiva das obras de arte e das práticas sociais, como o direito, são fundamentalmente os do intérprete, não os do autor. Atribui-se um propósito a um objeto ou a uma prática, tornando-o o melhor possível em face de seu contexto temático. O que não quer dizer que o objeto não imponha limites à interpretação; a própria natureza intersubjetiva, paradigmática da interpretação vai exigir condições de plausibilidade para qualquer interpretação, especialmente em face de uma história interpretativa minimamente compartilhada. Sua validação é portanto, ao final, discursiva na verificação de racionalidade. [21]

Constata-se, nesse contexto, que a atribuição de uma postura ativa ao intérprete, durante a prática da interpretação construtiva, insere na interpretação jurídica uma atitude reflexiva permanente, limitando, por outro lado, os espaços argumentativos a uma análise comprometida com a historicidade dos precedentes jurídicos.

O direito, então, passa a ser interpretado por mecanismos argumentativos internos, isto é, que procuram mostrá-lo em sua melhor forma por meio de argumentos eminentemente jurídicos, ainda que estes, em alguma medida, reflitam a moralidade política do intérprete.

Tal atitude interpretativa construtiva traduz-se, na resolução dos casos judiciais, no conceito proposto por Dworkin do direito como integridade, o qual, abarcando as premissas da interpretação criativa, reconhece a legitimidade da leitura moral da Constituição.

2.2. A integridade na aplicação correta do direito e sua abertura à leitura moral

Conforme visto no tópico anterior, a interpretação construtiva das práticas sociais procura atribuir um propósito ao objeto examinado, a fim de mostrá-lo em sua melhor luz, sofrendo a inevitável limitação do contexto hermenêutico que engloba o intérprete.

Na resolução de casos judiciais concretos, as premissas da interpretação criativa são postas em atividade por meio do que Dworkin conceitua como integridade na aplicação do direito. A integridade, por conseguinte, representa a adoção de uma postura reflexiva interna quanto aos discursos jurídicos utilizados em casos judiciais, sem propor, todavia, uma definição metafísica e permanente dos direitos apreciados, visto que a interpretação está inserida na dinâmica reconstrutiva do círculo hermenêutico:

---

[21] RODRIGUES, Guilherme Scotti. *A afirmação da justiça como a tese da única decisão correta: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno*. 2008. 116f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília: 2008, p. 80.

> O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.[22]

A fim de explicar o funcionamento da integridade nos fundamentos jurídicos, Dworkin propõe conceber a interpretação do direito como um processo de elaboração de um romance em cadeia, cujo texto vai sendo construído sucessivamente, visto que cada escritor recebe os capítulos antecedentes, interpreta-os de modo construtivo, e então adiciona um capítulo de sua autoria.[23]

Todavia, a intepretação do escritor em relação aos trabalhos que o antecederam não procede de forma livre, devendo ser compatível com a história argumentativa do projeto iniciado anteriormente, como é de se esperar de um processo interpretativo hermenêutico. Nesse sentido, os procedimentos de interpretação do romance em cadeia manifestam-se em duas dimensões complementares: a de adequação e a de justificação.

Segundo a dimensão de adequação, nenhum intérprete pode adotar uma interpretação, por mais robusta que seja, se tem a consciência de que a mesma não se encaixa nos padrões argumentativos estabelecidos previamente no romance em cadeia.

No direito, isso significa que a interpretação jurídica deve ser elaborada dentro de um limiar argumentativo definido a partir da interpretação dos precedentes, de maneira que a estratégia de interpretação, se presumida de boa-fé, não pode inovar drasticamente na ordem jurídica para atender unicamente às convicções pessoais do julgador. O juiz, por fazer parte de um história institucional construída historicamente, não tem a liberdade de simplesmente ignorar seu papel na manutenção da coerência do discurso jurídico, mas deve, ao contrário, se submeter ao empreendimento coletivo de construção do direito:

> As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a intepretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se acessível. Qualquer teoria plausível desqualificaria uma interpretação de nosso próprio direito que negasse abertamente a competência ou a supremacia legislativa, ou que proclamasse um princípio geral de direito privado que exigisse que os ricos

---

[22] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luis Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 272.
[23] *Ibid., p. 276*

> compartilhassem sua riqueza com os pobres. Esse limiar eliminará as intepretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável-, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica.[24]

A dimensão de justificação, por sua vez, mostra-se essencial quando a análise preliminar não é capaz de isolar a interpretação jurídica que demonstra o direito em sua melhor luz. De fato, em especial ao se deparar com casos difíceis, o juiz deve optar, entre as interpretações aceitáveis (que se adequam aos precedentes), "qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo."[25]

Nessa etapa interpretativa desempenhada pelo juiz, portanto, "suas próprias convicções morais e políticas estão agora diretamente engajadas",[26] de modo ainda mais evidente em relação à etapa de adequação.[27]

Desse modo, observa-se que nas dimensões da integridade, o intérprete é induzido a aplicar, de modo mais transparente, suas convicções de moralidade política que, segundo pensa, explicita o direito devidamente compreendido, configurando aquilo que Dworkin, em sua teoria, denomina leitura moral.[28]

De fato, as Constituições modernas expõem, frequentemente, as normas constitucionais em uma linguagem abstrata e ampla que, ao invés de estipularem regras com hipóteses de aplicação pré-definidas, incorporam normas jurídicas insculpidas em princípios.[29]

---

[24] *Ibid.*, p. 305-306
[25] *Ibid.*, p 306
[26] *Ibid.*, p 306
[27] Essa divisão metodológica das etapas da integridade em juízos de adequação e justificação poderia sugerir a falsa ideia de que as duas etapas seriam estanques e sucessivas, de modo que a adequação representaria um juízo objetivo comparativo e a justificação um juízo subjetivo moral. Todavia, esse pressuposto nega a ideia central do processo interpretativo hermenêutico adotado pela integridade, ou seja, o caráter subjetivo e histórico de qualquer expediente interpretativo. Dessa maneira, esclarece Dworkin (2010, p. 282) que a distinção entre as duas dimensões da integridade "não se trata de um contraste entre os aspectos da intepretação que dependem das convicções (...) do intérprete e aqueles que independem. E não é um contraste entre os aspectos que podem ser polêmicos e aqueles que não podem ser. (...) Os dois tipos principais de convicções que estão ao alcance de todo intérprete sobre a interpretação que se adapta melhor ou pior a um texto, e sobre qual das duas torna o romance substancialmente melhor – são inerentes a seu sistema geral de crenças e atitudes; nenhum tipo é independente desse sistema de alguma maneira que o outro não o seja."
[28] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana***.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins fontes, 2006.
[29] A respeito da distinção entre regras jurídicas e princípios, ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.23-72.

Nesse contexto, "a leitura moral propõe que todos nós - juízes, advogados, e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça. (...) A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional." [30]

Aqui chega-se ao ponto central deste capítulo, concernente aos limites argumentativos atinentes à atuação da jurisdição constitucional. Uma leitura apressada da abertura da integridade à leitura moral poderia sugerir que, na resolução de casos constitucionais sensíveis, a interpretação jurídica adotada pela integridade representaria apenas as convicções políticas do juiz, de maneira que, ao contrário do sustentado anteriormente, a integridade não ofereceria um sistema de interpretação interno, condicionando a aplicação do direito a fundamentos políticos.

Essa conclusão, entretanto, além de desconsiderar os postulados centrais do direito como integridade, não se atenta a uma distinção central aos discursos de aplicação do direito: a diferença entre argumentos de princípios e argumentos de política.

Passa-se abaixo a enfatizar essa diferenciação, a fim de demonstrar como a interpretação construtiva do direito, a partir da integridade, ao contrário de sustentar fundamentos políticos, exige a adoção de argumentos de princípios na resolução das controvérsias constitucionais.

2.3. Argumentos de princípio e argumentos de política

O direito moderno, caracterizado pela positivação dos direitos constitucionais, pressupõe a dimensão política do processo legislativo em sua formação, ao contrário da ordem transcendental metafísica que fundamentava o direito pré-moderno:

> Em sua forma atual, a relação entre direito e política encontra-se decisivamente cunhada pela positivação do direito. Por positivação entenda-se o processo histórico no qual o direito passou de validade tradicional ou transcendente para validade decisionista. O resultado desse processo, o direito positivo, é caracterizado por sua realização por meio de uma legislação humana consciente e sua validade por força de decisão. Essa decisão não ocorre no sistema jurídico, mas, sim no político. [31]

---

[30] *Ibid.* p.2.
[31] GRIMM, Dieter. *Constituição e Política.* Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.3.

Todavia, ainda que respaldado politicamente em sua origem, os discursos de aplicação do direito não se confundem com os argumentos políticos que o fundamentam. De fato, ainda que a leitura moral da Constituição, nos moldes estabelecidos pela leitura do direito como integridade, reconheça a incidência da moralidade política no processo de interpretação, isso não significa que a fundamentação jurídica segue a mesma lógica dos argumentos políticos.

O fato de o julgador optar, dentre as soluções adequadas e possíveis, por aquela que, sob seu ponto de vista, apresenta o direito em sua melhor luz é mera decorrência do reconhecimento do caráter subjetivo e histórico do fenômeno da interpretação construtiva, sendo uma consequência inevitável de qualquer procedimento interpretativo das práticas sociais.

Nesse sentido, a abertura dos direitos constitucionais à moralidade política, apesar de aumentar a complexidade do discurso de aplicação, não respalda a submissão dos fundamentos jurídicos à lógica própria dos argumentos políticos. Na realidade, há, segundo Dworkin, uma grande diferença entre os argumentos de princípio, que embasam a aplicação correta do direito, e os argumentos de política, responsáveis pela definição das metas coletivas na comunidade:

> Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.[32]

Assim, enquanto os argumento de política "justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, (...) os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo."[33]

---

[32] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 36.

[33] *Ibid.*, p. 129.

O direito como integridade pressupõe, para seu correto entendimento, a diferenciação dessas esferas argumentativas. A inserção da moralidade no âmago da interpretação jurídica, aumentando a complexidade do discurso jurídico, ao mesmo tempo em que abre a possibilidade ao julgador para, de boa-fé, construir argumentos jurídicos que respaldem suas convicções políticas, exige que a elaboração de tais argumentos seja embasada por uma lógica de princípios jurídicos.

Dessa maneira, o direito como integridade apenas legitima a leitura moral na medida em que esta traduza as convicções morais e políticas do intérprete, inerente a qualquer processo interpretativo subjetivo e historicamente condicionado, em argumentos jurídicos pautados em princípios: "O direito como integridade pressupõe (...) que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores. (...) Os juízes devem tomar suas decisões sobre o "common law" com base em princípios, não em política." [34]

Nesse contexto, observa-se que, por fundamentar um objetivo coletivo da comunidade, os argumentos de política possuem uma esfera discursiva mais ampla que os argumentos jurídicos de princípios, visto que, ao invés de limitarem sua abrangência a razões relacionadas a direitos, os fundamentos políticos podem se imiscuir em diversas esferas discursivas sociais a fim de respaldarem uma decisão da comunidade.

Essas conclusões são importantes para delimitar os limites do campo de atuação argumentativo utilizado pela jurisdição constitucional. Como o direito devidamente compreendido impõe uma lógica de princípios em sua aplicação, observa-se que não se mostra legítima a utilização, pela Corte Constitucional, de fundamentos eminentemente políticos na resolução das controvérsias constitucionais.

Há, sem margem de dúvida, uma notável distinção entre o âmbito argumentativo próprio do processo político legislativo e o horizonte interpretativo do direito o qual legitima e define os limites da interpretação constitucional pelos Tribunais, conforme argumenta Jürgen Habermas:

> O fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema dos direitos, à medida que persegue suas políticas. O tribunal torna a desamarrar o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente; todavia ele não

[34] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luis Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 292.

> pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita.[35]

A análise da legitimidade argumentativa do controle judicial preventivo do processo legislativo, que será desenvolvida no capítulo 4, por conseguinte, deve ser comprometida com essa diferenciação entre argumentos de princípio e de política, que não apenas define a margem argumentativa dos fundamentos jurídicos, como a separa das esferas discursivas próprias incorporadas pelo Parlamento.

[35] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 324-325.

3. O PROCESSO LEGISLATIVO COMO UM MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Neste capítulo será desenvolvida uma compreensão de democracia que liga a determinação coletiva de autogoverno à consolidação dos direitos fundamentais, ou seja, será abordado o conceito de democracia constitucional.

Devidamente compreendido o significado da democracia em um Estado Democrático de Direto, passar-se-á a analisar a importância que o Poder Legislativo, como representante legítimo dos cidadãos, adquire na consolidação do regime democrático, contrariando o senso comum teórico responsável por subtrair a dignidade intrínseca aos procedimentos legislativos.

Esse expediente se mostra central para o objeto do presente estudo, relacionado ao questionamento da legitimidade democrática do controle judicial preventivo dos atos legislativos, na medida em que, ao se compreender o correto enquadramento do Legislativo na democracia brasileira, a interrupção dos debates parlamentares pelo Supremo Tribunal ganha novas dimensões de abordagem crítica.

3.1. A definição constitucional da democracia e sua relação com o desacordo moral

Ronald Dworkin propõe uma definição de democracia que não seja uma consequência direta e simples da premissa majoritária, ou seja, o autor busca conceber um regime político cujo fundamento moral mais relevante não se restrinja à simples tomada de uma decisão coletiva pela maioria.

Nesse contexto, Dworkin sustenta um conceito constitucional de democracia, apresentando o regime democrático como aquele em que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”.[36]

Observa-se que essa definição insere as garantias dos direitos fundamentais no próprio âmago do conteúdo democrático de uma comunidade, pois a democracia, devidamente

[36] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana***.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins fontes, 2006, p. 26.

compreendida, só se manifesta quando a comunidade de princípios instituída pela Constituição direciona seus procedimentos coletivos à efetivação da igual consideração e respeito entre os cidadãos.

Assim, Constituição e democracia, tradicionalmente compreendidos como princípios reciprocamente contraditórios, são definidos em um caráter "co-originário", pois a efetivação do regime democrático necessita da promoção dos direitos fundamentais que, por sua vez, constituem a comunidade de princípios como um agrupamento de pessoas livres e iguais. A tensão tradicional entre constitucionalismo e democracia, dessa maneira, ao ser realocada sob um premissa de "co-originariedade", adquire o significado de complementaridade entre a autonomia privada e a pública:

> A intuição de "co-originariedade" também pode ser expressa de outra maneira, a saber, como uma relação complementar entre a autonomia privada e pública. Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material. Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os "cidadãos da sociedade" (*Gesellschaftsbürger*), só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado (*Staatsbürger*), fizerem uso adequado de sua autonomia política – uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o "mesmo valor".[37]

Nesse sentido, com a reinterpretação do significado democrático, e com a compreensão do caráter interdependente entre autonomia privada e pública, a própria definição da ação coletiva democrática adquire novas feições. De fato, como aponta Dworkin, se, por um lado, democracia está inevitavelmente relacionada à ideia de autogoverno, por outro, a ação coletiva da população não pode ser efetivamente democrática (naquele sentido de "co-originariedade" da democracia constitucional) se for tratada meramente de modo estatístico.

Dworkin afirma que, ao contrário de uma ação conjunta meramente estatística, definida como a somatória de diversas ações individuais sem uma consciência de grupo, a manifestação da liberdade política na esfera pública, fundamentada por direitos políticos constitucionais, deve se pautar em uma ação coletiva "comunitária":

---

[37] HABERMAS, Jürgen**.** *Era das Transições.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 155

> A ação coletiva é comunitária quando não pode ser reduzida a mera função estatística das funções individuais, quando pressupõe um agente coletivo especial e distinto. Ela acontece quando os indivíduos agem juntos de forma que fundam suas ações separadas num ato ulterior unificado, que, encarado em seu conjunto, é um ato deles.[38]

Nesse sentido, a efetivação da democracia constitucional reside na realização de uma ação coletiva "comunitária" a qual, por sua vez, pressupõe a participação moral do cidadão nos rumos da comunidade, pois somente com a efetiva inclusão jurídica do membro na sociedade o indivíduo pode compreender a decisão coletiva como legítima e indicativa do autogoverno de seus compatriotas.

Essa participação moral na ação comunitária, todavia, não se funda em uma assimilação ética do indivíduo pelo coletivo, mas sim no reconhecimento moral e jurídico do cidadão como um membro livre e igual aos demais. Nesse sentido, segundo Dworkin, o compartilhamento ético de um modo de vida pode representar apenas uma das características da participação moral, mas não é suficiente para defini-la em sua totalidade.

Na realidade, a participação moral apresenta três dimensões: (a) estrutural, responsável pela definição histórica de uma comunidade, através de um compartilhamento intersubjetivo cultural e da estipulação dos limites territoriais do agrupamento; (b) dimensão da relação, a qual determina a inclusão do indivíduo como membro moral da comunidade, sobretudo através da atribuição de igual consideração e respeito aos interesses de todos os membros; (c) dimensão de independência moral do indivíduo, que assegure um espaço de autonomia privada na condução responsável de sua vida, ainda que seja necessária uma aderência a decisões coletivas.[39]

Portanto, a cultura da participação moral requerida por uma ação coletiva comunitária proposta por Dworkin, se devidamente compreendida, não significa o estabelecimento de uma eticidade metafísica que une a facticidade à validade, mas sim a instituição de uma cultura democrática aberta ao dissenso e à alteridade.

Essas constatações a respeito da correlação entre democracia e constitucionalismo, com a consequente repercussão no conceito de ação coletiva democrática, proporciona questionamentos políticos interessantes e relevantes na estruturação da comunidade de princípios.

---

[38] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana***.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins fontes, 2006, p. 30.
[39] *Ibid.*, p. 37-40.

A efetivação da democracia devidamente compreendida, a democracia constitucional, necessita da garantia de suas condições democráticas, isto é, de suas condições constitucionais assecuratórias da participação moral dos indivíduos.

Dessa maneira, ao invés de centralizar a legitimidade de decisões político-morais exclusivamente em um processo formal majoritário, o caráter democrático das decisões coletivas deve se pautar em uma análise mais complexa, destinada a averiguar a observância das condições constitucionais democráticas de participação moral do indivíduo.

Esse deslocamento do foco de análise da legitimidade democrática das decisões político-morais possui relevância central para o enquadramento democrático da jurisdição constitucional. De fato, a partir dessa nova abordagem do que significa o regime democrático constitucional, Dworkin sustenta que quando as condições democráticas são garantidas pelo Judiciário, estrutura tradicionalmente não representativa, não há possibilidade de uma objeção coerente, em nome da democracia, em desfavor da decisão judicial que, em verdade, impôs a correta observância daquelas condições:

> A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições "democráticas" – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas. [40]

Dworkin fornece um exemplo de decisão judicial que efetivamente corrobora para o aprimoramento da democracia. O autor afirma que, entre as condições democráticas, incluem-se, por exemplo, a exigência de que os cargos públicos devem ser acessíveis, em igualdade de condições, às pessoas de qualquer raça ou grupo. Diante disso, se fosse promulgada uma lei definindo que só os membros de certa raça ou grupo pudessem ocupar tais cargos públicos, não haveria de se falar em um custo ou arrependimento moral se um tribunal, constitucionalmente competente, derrubasse essa lei por ser inconstitucional, ainda que tal postura judicial contrariasse a vontade da maioria.[41]

Todavia, apesar de redefinir o papel da jurisdição constitucional, a aceitação da existência de condições democráticas de participação moral não implica, usualmente, em

---

[40] *Ibid.*, p. 26- 27
[41] *Ibid.*, p. 27

decisões tão evidentes como a do exemplo citado. Conforme o próprio Dworkin reconhece, pode ocorrer um legítimo desacordo sobre o que o implemento das condições da democracia significa.

Assim, se a imposição, pelo Judiciário, de determinações constitucionais concretas podem realmente promover o ideal democrático, há, por outro lado, a abertura das disposições constitucionais ao desacordo legítimo entre os cidadãos, os quais, apesar de tomarem o respeito aos direitos como um ideal coletivo, discordam de boa-fé sobre a extensão e os fundamentos das garantias previstas na Constituição.

Nesse contexto, a ideia do regime democrático pautado por condições constitucionais não fornece, por si só, respostas diretas sobre os mecanismos político-institucionais capazes de conduzir o desacordo moral rumo à uma decisão coletiva. Faz-se necessário, portanto, uma abordagem procedimental mais pragmática sobre os meios políticos legítimos de solução do instalado desacordo moral.

3.2. O descordo moral e a necessidade de uma concepção procedimental da democracia

Como apontado no título anterior, não há uma contraposição entre democracia e a ideia de direitos fundamentais, visto que o regime democrático só se mostra legítimo quando internaliza as garantias constitucionais.

A definição do conteúdo e da extensão dessas garantias, todavia, não são dados objetivos, definidos aprioristicamente, mas se constituem em objeto de profundo desacordo moral sobre o real significado das disposições constitucionais.

Nesse contexto, conforme aponta Jeremy Waldron, o desacordo moral de boa-fé entre os cidadãos deve ser trabalhado pela filosofia política dentro do que ele chama de circunstâncias da política, cuja definição traduz-se em uma analogia das circunstâncias de justiça propostas por John Rawls:

> Consider the idea of ‘the circumstances of politics’, an idea adapted from John Rawls’s discussion of ‘the circumstances of justice’. The circumstances of justice are those aspects of the human condition, such as moderate scarcity and the limited altruism of individuals, which make justice as a virtue and a practice both possible and necessary. We may say, along similar lines, that the felt need among the members of a certain group for a common framework or decision or couse of action on some

> matter, even in the face of disagreement about what that framework, dicision ou action should be, are the circumstances of politics.[42]

A concepção das circunstâncias da política, portanto, apresenta duas conclusões importantes sobre o contexto político complexo da contemporaneidade: (i) há um profundo desacordo entre os indivíduos sobre questões políticas problemáticas da comunidade, mas a despeito desse desacordo fundamentado, (ii) existe uma necessidade de uma tomada coletiva de decisão sobre a matéria.

É importante salientar novamente que o desacordo entre os cidadãos não se resume a questões marginais de política comunitária, mas sobretudo representam, em tese, um fundamentado dissenso concernente às questões de direitos fundamentais que constituem a comunidade de princípios. Tal desacordo, portanto, deve ser compreendido em toda sua complexidade, isto é, como um dissenso racional pautado por um agir comunicativo direcionado ao entendimento.[43]

Somente quando incorporada no âmago do desacordo moral entre os membros da sociedade, o tratamento das condições democráticas pode ganhar significado prático relevante, visto que, ao contrário do exemplo mencionado ilustrativamente por Dworkin, a definição dos rumos de democracia não é uma tarefa evidente consubstanciada na auto aplicação das garantias constitucionais.

Assim, diante de um cenário de profundo desacordo fundamentado entre os cidadãos que, não obstante, precisam guiar os rumos de sua comunidade de princípios (circunstâncias da política), faz-se necessário a elaboração de procedimentos capazes de impulsionar uma legítima tomada de posição política frente ao desacordo.

A internalização das circunstâncias da política na democracia constitucional, por conseguinte, exige a definição, segundo Waldron, de uma "teoria da autoridade", cuja função seja determinar como decisões serão tomadas quando os membros da comunidade se encontrarem em profundo desacordo sobre qual decisão é a correta:

---

[42] WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 102.
Tradução livre: "*Considere a ideia de circunstâncias da política, uma ideia adaptada da discussão de John Rawls sobre as circunstâncias da justiça. As circunstâncias da justiça são aqueles aspectos da condição humana, como a escassez moderada e o altruísmo limitado dos indivíduos, que fazem da justiça uma prática virtuosa possível e necessária. Nós podemos dizer, de maneira similar, que a necessidade partilhada entre os membros de certo grupo de uma quadro de ação conjunta, ou decisão ou curso de ação comuns em alguma matéria, mesmo diante de um desacordo sobre o que esse quadro, decisão ou ação deveria ser, são as circunstâncias da política.*"

[43] HABERMAS, Jürgen**.** *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume 1 Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 48-65.

> I am going argue that those circumstances – the existence of disagreement and the need, despite disagreement, to set up a common framework – apply at least as much to issues of rights as they apply to what is usually regarded as the more modest agenda of legislative politics. It follows that teories of rights as much as theories of public policy need to be complemented by theories of authority, whose function it is to determine how decisions are to be taken when the members of a community disagree about what decision is right.[44]

É bem verdade que Waldron, ao se referir a mecanismos legítimos de autoridade, tem em mente a formalização das decisões políticas por meio de procedimentos majoritários, que tradicionalmente ocorrem nas democracias contemporâneas e que são capazes de propor uma solução política ao desacordo fundamento e de boa-fé entre os cidadãos.

Todavia, a ideia desse autor, a respeito da internalização do significado das condições democráticas no seio do desacordo moral entre os membros da comunidade, lança luz sobre a centralidade do procedimento político na definição do conteúdo das disposições constitucionais.

De fato, os procedimentos políticos, notadamente o processo de elaboração legislativa do direito, permite canalizar as pretensões de validade em choque na esfera pública rumo à estabilização das expectativas em uma decisão coletiva traduzida em normas jurídicas.

Nesse contexto, Habermas, ao aplicar sua teoria do discurso às práticas sociais, salienta que o processo de elaboração do direito, direito esse que funciona como mediador entre a facticidade e validade das pretensões normativas envolvidas na consolidação do regime democrático, pode desempenhar um papel central na estabilização legítima do dissenso fundamentado sobre as condições da democracia.

A teoria do discurso, compreendida nos termos de uma democracia procedimental deliberativa, visualiza, nos procedimentos de formação do direito, a possibilidade de tradução do fluxo comunicativo originado na esfera pública informal em propostas legislativas concretas no Parlamento (esfera pública formal) que, por sua vez, transforma as pretensões coletivas normativas em poder administrativo aplicável:

---

[44] WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 212-213.
Tradução livre: *"Irei argumentar que aquelas circunstâncias – a existência de desacordo e a necessidade, a despeito do desacordo, do estabelecimento de um quadro comum de ação – aplicam-se tanto a questões sobre direitos, como a questões usualmente concebidas como mais modestas na agenda da política legislativa. Nesse sentido, teorias do direito, assim como teorias de política, necessitam ser complementadas por teorias da autoridade, cuja função seja determinar como decisões serão tomadas quando membros da comunidade discordarem sobre qual decisão é a correta."*

> A teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação. A formação de opinião que se dá de maneira informal desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável.[45]

Percebe-se, nesse contexto argumentativo, que o Parlamento tem a capacidade de desempenhar papel relevante na condução de um regime democrático constitucional, mostrando-se como uma resposta institucional legítima à problemática definida inicialmente, qual seja, a necessidade de produzir decisões coletivas diante do desacordo fundamentado entre cidadãos sobre as implicações e significado das garantias constitucionais estruturantes da democracia.

Se a atuação institucional do Legislativo assume, na concepção da democracia constitucional, tal posição de centralidade, faz-se necessário analisar, ainda que brevemente, a dignidade dos procedimentos internos dos órgãos legislativos, a fim de compreender o Parlamento como uma instituição essencial à definição das condições estruturantes da democracia.

3.3. A dignidade do processo legislativo

Jeremy Waldron afirma que tradicionalmente as atividades do Legislativo não são compreendidas e estudadas com a complexidade necessária pela teoria do direito. Na verdade, apesar de estabelecer uma supremacia simbólica aos processos deliberativos de formação da legislação, a doutrina jurídica, em especial aquelas influenciadas pelo Positivismo, apenas trata esse processo de formação da norma jurídica de modo ilustrativo, visto que o foco da Jurisprudência se pauta pela análise do direito vigente e sua aplicação pelos tribunais.[46]

Somado a esse desinteresse doutrinário, estabeleceu-se um senso comum teórico e mesmo popular de que as atividades legislativas não são dignas de atenção porque

---

[45] HABERMAS, Jürgen**.** *A inclusão do outro.* Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 280-281.
[46] WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 33-34

simplesmente representam uma troca de interesses entre agentes políticos marcados pelo egoísmo.[47]

Entretanto, como debatido no tópico anterior, observamos que o processo legislativo, desde que orientado em uma lógica discursiva deliberativa ampla, canalizador de um dissenso racionalmente fundamentado, adquire centralidade na definição legítima das condições e direitos estruturantes do regime constitucional democrático.

Dessa maneira, como seria possível superar, em um conjunto teórico consistente, a presunção cética que desqualifica o Legislativo como um espaço público essencial à democracia? A resposta é fornecida por Jeremy Waldron, o qual busca fundamentar, em objeção às presunções de um senso teórico cético, as bases de uma teoria normativa da Legislação que a mostra em sua melhor luz:

> I am going to try to recover and highlight ways of thinking about legislation that presente it as a dignified mode of governance and a respectable source of law. I want us to see the process of legislation – as its best – as something like the following: the representatives of the community come together to settle solemnly and explicitly on common schemes and measures that can stand in the name of them all, and they do so in a way that openly acknowledges and respects (rather than conceals) the inevitable diferences of opinios and principle among them.[48]

Essa teoria normativa da Legislação tem o objetivo, portanto, de desenvolver uma imagem digna do Parlamento e de suas estruturas, que possa, em sua normatividade, comparar-se à idealização da jurisdição constitucional como fóruns do princípio.

Todavia, muito mais que fornecer um arcabouço teórico capaz de impulsionar uma análise criativa e construtiva das atividades legislativas, a proposta de Waldron tem o grande mérito de enquadrar a Legislação como um fórum de ampla realização das circunstâncias da política por ele definidas, isto é, como um espaço capaz de abrigar o grande dissenso moral da sociedade, ao mesmo tempo que oferece procedimentos normativos direcionados a uma deliberação coletiva legítima, fundamentada em um caloroso debate racional direcionado ao entendimento.

---

[47] *Ibid*., p. 30

[48] WALDRON, Jeremy. *The dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 2.
Tradução livre: *Tentarei recuperar e enfatizar modos de pensar sobre a legislação que a apresentem como um modo digno de governo e como uma fonte respeitável do direito. Eu quero que nós possamos ver o processo legislativo em sua melhor luz, descrevendo-o aproximadamente nos termos seguintes: os representantes da comunidade se unem para deliberar solenemente sobre matérias e medidas de uma maneira que o resultado possa ser concebido como um produtos deles coletivamente e que, tal deliberação, reconheça e respeite, ao invés de ocultar, as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles.*

Com esse objetivo de efetivamente compreender as nuances dos amplos debates parlamentares que representam, em última medida, os posicionamentos dos politicamente representados, Waldron aponta características importantes da deliberação legislativa que a tornam uma fonte de produção de normas jurídicas digna e respeitável.

Dentre essas peculiaridades do Legislativo, ganha relevância o fato de que o Parlamento se constitui em uma ampla assembleia deliberativa.[49] Nesse contexto, é interessante notar que, a despeito de diversas vozes contrárias na teoria política da era moderna sustentando que o tamanho do Legislativo seria um obstáculo à formação racional do direito, permanece um instinto político, construído historicamente, que relaciona diretamente procedimentos legislativos a uma estrutura de assembleia.[50]

Contudo, muito mais que uma constatação histórica, a concepção do Parlamento como uma grande assembleia deliberativa possui um valor inequívoco na formação legítima de uma vontade coletiva democrática.

O objetivo do presente capítulo é precisamente compreender como as estruturas e os procedimentos adotados pelos órgãos legislativos podem satisfazer adequadamente a tarefa que a concepção democrática constitucional lhes atribui, qual seja, a de estabilizar, no *medium* do direito, as pretensões normativas oriundas da esfera pública informal.

Ora, o fato do Parlamento se constituir como uma ampla assembleia de representantes do povo possui, indiscutivelmente, o condão de possibilitar que um debate complexo e plural, dirigido por um agir comunicativo racional, ocorra nas estruturas dos órgãos legislativos. Dessa maneira, uma adequada concepção do processo legislativo, ao contrário de desprestigiar o caráter intricado e complexo da diversidade de opiniões, deve compreender a deliberação dos representantes do povo portadores de interesses contrários como a maior virtude dos procedimentos políticos contemporâneos:

> Above all, our conception of legislative deliberation must respect the fact that a representative assembly is characteristically a place where people assemble who are different from one another – in their backgrounds, experiences, and beliefs – and often opposed to one another – in ther views about policy, social justice, and rights. What is more, these are not just features that an adequate conception of legislative deliberation must come to terms with. They are features that a good conception will make the best of- so that law is seen to emerge from the legislative process in a way that can answer citzens' concerns about partisanship, ignorance, and disagreement.[51]

---

[49] WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p 49-69.
[50] *Ibid.*, p. 51
[51] *Ibid.*, p. 72.
Tradução livre: *Acima de tudo, nossa concepção sobre a deliberação legislativa deve reconhecer o fato de que uma assembleia representativa é caracteristicamente um lugar onde pessoas reconhecem quem é difere delas, em suas experiências e crenças, e frequentemente se opõem a elas – em suas visões sobre política, justiça social e direitos. Ademais, essas constatações não são apenas características que devem ser*

Todo esse amplo processo de deliberação, agregador do dissenso fundamentado, entretanto, parece desembocar, segundo um senso comum tradicional, em um método de votação que, após tramitação da proposta normativa em diversas câmaras e muitas vezes em diferentes turnos, delega a aprovação do projeto a um mecanismo irracional e arbitrário: a decisão majoritária.

De fato, o caráter de votação majoritária do Legislativo através de um simples "sim" ou "não" é frequentemente contraposto, pela teoria jurídica, a uma imagem altamente dignificante da jurisdição constitucional que, diferentemente dos procedimentos políticos, tomam decisões baseadas em uma complexa construção de raciocínio jurídico.

Essa concepção, todavia, apresenta sérios problemas de confirmação prática ou teórica. Não é segredo que os tribunais responsáveis por aplicar o direito frequentemente julgam as causas de modo colegiado, gerando a necessidade de solucionar as divergências teóricas entre os magistrados pela contagem majoritária de votos.

Além disso, de modo mais grave, a atribuição de um caráter arbitrário e irracional à votação majoritária do Parlamento implica desconhecer todo o arcabouço teórico que vínhamos desenvolvendo, qual seja, a concepção dos debates parlamentares em assembleia como um procedimento digno de estabilização das expectativas normativas.

Ora, ainda que direcionado por uma razão comunicativa comprometida com um entendimento racional, tal agir comunicativo, para adquirir legitimidade, não exige um consenso final entre os debatedores sobre a matéria de fundo. O que se exige, não só a partir da internalização das garantias constitucionais nos procedimentos democráticos, mas sobretudo como um pressuposto racional de um agir direcionado ao entendimento, é a busca constante e de boa-fé da condução de um debate aberto à alteridade.

O fato de que, apesar da ampla deliberação nos termos mencionados, um consenso final não ser alcançado não significa um desprestígio de todo o esforço argumentativo despendido, mas sim aponta para a necessidade de uma tomada de posição mesmo em face do legítimo desacordo. Além de essa constatação ser pressuposta nas circunstâncias da política tratadas por Waldron, a aprovação da norma jurídica pelo Parlamento, por meio de um critério majoritário, representa justamente o reconhecimento do direito como uma categoria social de

---

apreendidas por uma concepção adequada da deliberação legislativa, mas sim características que devem ser trabalhadas da melhor maneira possível por tal teoria deliberativa. Somente apresentado esses aspectos em sua melhor luz, o direito poderá ser compreendido como um produto do processo legislativo capaz de fazer frente às desconfianças dos cidadãos sobre partidarismo, desconhecimento e desacordo.

mediação entre a facticidade e a validade, posto que: "enquanto no sentido de validade de convicções ligadas à autoridade, a facticidade e a validade se fundem, na validação jurídica ambos os momentos se separam um do outro – a aceitação da ordem jurídica é distinta da aceitabilidade dos argumentos sobre os quais ela apoia sua pretensão de legitimidade."[52]

Nesse contexto, sucedendo a um complexo debate parlamentar agregador do dissenso, o voto majoritário que ocorre na aprovação do projeto normativo mostra-se, na verdade, como um verdadeiro reconhecimento da dignidade inerente ao desacordo entre os parlamentares por dois motivos: (i) a votação majoritária respeita o desacordo fundamentado, não exigindo que as opiniões do participantes sejam descartadas ou desqualificadas meramente diante da constatação de uma divergência de entendimento; (ii) a votação majoritária que ocorre no Parlamento possibilita atribuir o maior peso possível à opinião de cada representante do povo, significando, assim, a concretização de um ideal de equidade política.[53]

O processo legislativo, diante do exposto, merece ser compreendido em sua melhor luz, por uma teoria normativa que coloque o Legislativo como uma estrutura digna e apta a produzir uma legítima concretização das disposições constitucionais em meio social marcado por profundo desacordo moral.

3.4. O desenvolvimento do processo político como requisito essencial ao aprendizado democrático

Durante todo o capítulo, foi sendo desenvolvida uma gradual concepção de democracia constitucional como um regime que, em última medida, necessita do processo legislativo para o cumprimento de suas condições.

Nesse contexto, a concepção democrática assim estruturada acarreta importantes reflexões sobre os limites, ou mesmo legitimidade, da judicialização massiva de questões políticas sensíveis, ainda mais de modo preventivo.

Ora, por se fundamentar em uma ideia central da atribuição de igual consideração e respeito aos cidadãos, o regime constitucional democrático deve pressupor a responsabilidade moral desses indivíduos na condução dos rumos da sociedade.

---

[52] HABERMAS, Jürgen**.** *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volumes 1 Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.59.
[53] WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p.111-114.

Como sustenta Waldron, formulando um ataque direto à jurisdição constitucional, a ideia da defesa dos direitos constitucionais, em especial aqueles relacionados à participação política, implica na atribuição de capacidade moral aos cidadãos e seus representantes, os quais devem assumir a condução responsável do projeto democrático:

> I have argued elsewhere that the idea of rights is based on a view of the human individual as essentially a thinking agent, endowed with an ability to deliberate morally, to see things from others' points of view, and to transcend a preoccupation with his own particular or sectional interests. The attribution of any right, I said, is typically an act of faith in the agency and capacity for moral thinking of each of the individuals concerned. This is partly reflected in the fact that rights typically provide an individual with a protected choice on an issue which remains morally significant: the right-bearer must choose between options which are right or wrong, considerate or inconsiderate, noble or depraved. The faith in the right-bearer's choice evinced by the attribution of the right is certainly not confidence that he will unerringly make the right choice; nevertheless it is borne of a conviction that he has the wherewithal to ponder reponsibly whatever moral issues the choice involves.[54]

Dessa maneira, faz-se necessário retomar a indagação mencionada por Dworkin, consubstanciada na impossibilidade de ser atribuído um prejuízo democrático a uma decisão judicial, ou de outro órgão não representativo, que corretamente promova a observância das condições democráticas.

De fato, a jurisdição constitucional, diante de um quadro institucional constitucional que lhe atribua competência para revisar leis do Parlamento, não só pode, como tem o dever de promover a defesa das garantias fundamentais estruturantes do Estado Democrático do Direito.

Todavia, como já apontado, não raro a definição do que significa o efetivo implemento das condições democráticas são objeto de profundo desacordo moral entre os cidadãos. É nesse contexto que Waldron sustenta a importância de uma dimensão procedimental política e democrática, que promova a solução de tal desacordo através de uma decisão direta pelo povo ou por meio de seus representantes.

---

[54] *Ibid.*, p. 250

Tradução livre: "*Eu argumentei em outro lugar que a ideia de direitos se fundamenta em uma visão do indivíduo como essencialmente um agente pensante, dotado de habilidade para deliberar moralmente, para ver os problemas da perspectiva dos demais e para transcender a preocupação com interesses próprios. A atribuição de qualquer direito, eu comentei, é tipicamente um ato de fé na capacidade moral de pensamento dos indivíduos envolvidos em um desacordo. Isso se reflete no fato de que os direitos fundamentais tipicamente protegem as opiniões individuais em questões morais significantes: o sujeito de direitos deve escolher dentre algumas opções quais são corretas ou erradas, razoáveis ou não, nobres ou depravadas. A fé na escolha do sujeito de direitos, evidenciada pela atribuição de direitos fundamentais, não implica uma confiança de que ele irá irremediavelmente fazer a decisão correta, mas representa uma convicção de que tal sujeito possui os recursos necessários para ponderar de modo responsável as questões morais envolvidas na decisão.*"

É evidente que mesmo sendo derivado de uma legítima eleição democrática, os membros do Congresso Nacional podem decidir de modo equivocado sobre as condições de efetivação da democracia, situação diante da qual seria possível e legítimo contestar a perda de legitimidade democrática de conteúdo da decisão.

Nesse caso, contudo, salienta Waldron que não seria totalmente desprovida de sentido a afirmação de que os cidadãos erraram por si mesmos, por meio da vivência de sua prática coletiva constitucional, e não pela imposição de uma decisão por órgãos judiciais não representativos. [55]

Apesar de se constituir em um ataque direto à legitimidade da jurisdição constitucional, para os fins deste trabalho, o argumento de Waldron não precisa adquirir essa feição mais radical. O que é importante extrair da proposição é a sua preocupação com uma dimensão coletiva e procedimental democrática de estabilização do desacordo moral.

A Constituição, portanto, deve ser concebida como o instrumento histórico performativo que, ao constituir uma comunidade de princípios, entrega aos seus cidadãos a responsabilidade da condução coerente e justa dos fins morais especificados no ato fundador. Sob essa premissa, esse ato fundador "abre a possibilidade de um processo ulterior de tentativas que a si mesmo se corrige e que permite explorar cada vez melhor as fontes do sistema dos direitos".[56]

Essas conclusões adquirirão caráter central quando se trabalhar, no capítulo seguinte, a legitimidade democrática das hipóteses adotadas pelo Supremo Tribunal Federal para controlar preventivamente o processo legislativo.

---

[55]WALDRON, Jeremy. O Judicial Review e as Condições da Democracia. In. ALPINO BIGONHA, Antônio Carlos (org.); Moreira, Luiz. (org.). *LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.252, p. 258.

[56] HABERMAS, Jürgen**.** *Era das Transições.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 167.

4. A ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS HIPÓTESES DE CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL DO PROCESSO LEGISLATIVO

Nos capítulos anteriores buscou-se definir bases teóricas complexas capazes de não só explicitar os mecanismos interpretativos disponíveis à jurisdição constitucional, mas também demonstrar a necessidade de uma reinterpretação do processo legislativo como um requisito essencial à consolidação da democracia constitucional.

Diante dessas ponderações, faz-se necessário retomar o objeto central de análise deste trabalho, qual seja, a averiguação da legitimidade democrática das hipóteses de controle preventivo judicial do processo legislativo adotadas na jurisprudência brasileira.

Como salientado no primeiro capítulo, a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu duas hipóteses de cabimento do controle judicial preventivo sobre o processo legislativo, deflagrado pela impetração de Mandado de Segurança por parlamentares: (a) quando a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) seja manifestamente ofensiva às cláusulas pétreas, ou (b) quando os procedimentos adotados no Congresso Nacional, relacionados à tramitação de projetos de emenda constitucional ou de leis, violarem flagrantemente a disciplina constitucional do processo legislativo.

No primeiro caso, trata-se de um típico controle de feição material, ao passo que a segunda hipótese é usualmente concebida como um exemplo de inconstitucionalidade formal.

Nesse contexto, passa-se a questionar se tais hipóteses são passíveis de uma interpretação jurídica coerente de princípios e podem ser justificadas pela efetivação das condições democráticas, ou, contrariamente, representam uma ingerência indevida nos mecanismos políticos de estabilização do desacordo fundamentado entre os parlamentares.

4.1. A hipótese do controle judicial preventivo formal

Essa hipótese de controle preventivo dos atos legislativos refere-se ao casos em que o Parlamento não cumpre as disposições constitucionais regulamentadoras do devido processo legal legislativo.

Sob esse título, são usualmente apontados como exemplos as normas constitucionais relacionadas à estipulação de iniciativa reservada do projeto normativo, à definição do *quórum* de deliberação, ou ainda à previsão de turnos específicos de votação.

Nesse sentido, pode-se citar a previsão constitucional do artigo 60, §2º, da Constituição, segundo o qual a aprovação de uma PEC depende da concordância de 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional e da realização de dois turnos de votação em cada uma dessas câmaras.

O mesmo artigo 60 também apresenta outros exemplos ilustrativos de normas constitucionais destinadas a regulamentar o processo legislativo, apontando em seus incisos, a competência para apresentar proposta de PEC e negando, em seu §5º, a possibilidade de uma nova proposta, na mesma sessão legislativa, de PEC previamente rejeitada ou havida por prejudicada.

Outro exemplo notório, que inclusive ocasionou a impetração de Mandado de Segurança perante o Supremo Tribunal,[57] refere-se à normatização constitucional a respeito dos procedimentos deliberativos das Medidas Provisórias, notadamente sua aptidão para trancar a pauta de deliberação do Congresso, nos termos do artigo 60, §6º, da Constituição.

Ora em todos esses exemplos, observa-se que as disposições constitucionais possuem um conteúdo abstrato reduzido, visto que determinam concretamente as circunstâncias fáticas pelas quais o processo legislativo deve se desenvolver. Essa preocupação de detalhamento das estruturas de governança, aliás, é uma característica da Constituição de 1988, a qual, além de ser preenchida de diversos princípios morais relevantes, possui um grande leque de regras constitucionais determinadas à regulação de situações concretas e específicas.

Nesse sentido, não há fundamentos teóricos aptos a levantar grandes objeções a essa modalidade de controle preventivo do processo legislativo, pois, em tais hipóteses, não restam dúvidas de que a interpretação das regras constitucionais dos procedimentos deliberativos, quando devidamente realizada, traduz-se em uma autêntica interpretação jurídica construtiva, a qual, não se confundindo com motivações políticas, busca garantir a observância da Constituição.

Nesses casos, ganha destaque a afirmação de Dworkin a respeito da centralidade da jurisdição constitucional na garantia das condições democráticas, visto que, ao impor as regras concernentes ao devido processo legislativo, o Judiciário brasileiro atua efetivamente na defesa de um processo deliberativo amplo e legítimo.

---

[57] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 27.931/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento suspenso em 16/12/2009.

Isso ganha ainda mais evidência quando se constata que as regras atinentes aos procedimentos legislativos possuem uma função importante de proteção das minorias parlamentares, contra a vontade política repentina de uma maioria não comprometida com um processo coletivo orientado ao entendimento. Essa característica da jurisdição constitucional, como promotora da defesa das minorias parlamentares, inclusive, é um dos fundamentos clássicos de legitimação das Cortes Constitucionais, conforme salientava Kelsen: "a simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos".[58]

Por outro lado, as considerações a respeito do profundo desacordo moral sobre o que significa implementar as condições democráticas que acarretava, em última medida, na importância de um procedimento deliberativo coletivo no Parlamento para decidir a questão, não adquirem toda a carga normativa da qual se revestem nos casos de conformação de princípios constitucionais abstratos.

Isso ocorre porque, além das regras constitucionais que disciplinam o processo legislativo não se adequarem a expedientes interpretativos tão abstratos, o cumprimento das regulamentações constitucionais, ainda que impostas pelo Judiciário, garante justamente o legítimo desenvolvimento da atividade legislativa rumo à estabilização do dissenso comunicativo fundamentado.

Aqui, todavia, faz-se necessária uma ressalva. O fato de que as hipóteses de controle preventivo formal supracitadas se revestem de conteúdo abstrato reduzido, tendo o condão de atuar como catalisadores de um amplo processo democrático, não significa que a interpretação das normas constitucionais do processo legislativo se limita a uma análise meramente procedimental.

Conforme apontado por Dworkin,[59] a separação entre uma interpretação meramente formal e outra de mérito é falha, pois, ainda que com conteúdo abstrato reduzido, as normas marcadamente procedimentais frequentemente possuem uma dimensão de moralidade que a fundamenta. De fato, não raras vezes, argumentos supostamente comprometidos com a efetivação de garantias procedimentais são adotados para justificar uma decisão judicial de clara inspiração moral.

Dessa maneira, a interpretação das normas constitucionais atinentes ao devido processo legislativo deve se pautar por argumentos jurídicos os quais, a despeito de possuírem

---

[58]KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 182

[59] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio***.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins fontes, 2001, p. 80-103.

inevitável dimensão moral, tenham como fundamentação as garantias procedimentais historicamente estabilizadas na Constituição, posto que a simples inércia da Corte Constitucional nesses casos, além de ilegítima, retiraria do texto constitucional seu caráter deontológico.

Concluindo, pode-se afirmar que o controle preventivo judicial dos atos legislativos violadores das disposições constitucionais regulamentadoras do processo legislativo, no que diz respeito à sua justificação teórica, não só pode representar um legítimo caso de interpretação coerente jurídica, como também pode possuir uma relevante dimensão moral de defesa das condições estruturantes da alteridade em um Estado Democrático de Direito.

4.2. A hipótese do controle judicial preventivo material

O controle preventivo material se refere aos casos nos quais se propõe a deliberação de uma PEC manifestamente ofensiva às cláusulas pétreas, ou seja, tal hipótese de controle preventivo está diretamente relacionada às limitações materiais ao poder de reforma previstos na Constituição.

Conforme apontado pela doutrina, as cláusulas pétreas são características essenciais de uma Constituição rígida, isto é, que adota complexos mecanismos de alteração do texto constitucional.

Essas barreiras ao poder constituinte derivado buscam assegurar a perenidade de certas disposições constitucionais reputadas como centrais à estrutura da Constituição em seu conjunto, subtraindo, por conseguinte, dos procedimentos políticos ordinários a possibilidade de revogação de tais princípios sensíveis.

Nesse sentido, "o significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição. (...) Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradoro."[60]

Seguindo essas premissas, dispõe os incisos do artigo 60, §4º, da Constituição, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[60] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140.

> I - a forma federativa de Estado;
>
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
>
> III - a separação dos Poderes;
>
> IV - os direitos e garantias individuais.

A primeira observação que merece ser feita diz respeito ao conteúdo amplo e abstrato das cláusulas pétreas previstas no texto constitucional.

De fato, ao contrário das regras concernentes à estruturação do processo legislativo, as disposições constitucionais que incorporam as cláusulas pétreas detêm uma inegável dimensão de moralidade política. Mesmo a garantia do voto secreto e direto, que poderia ser reputado como uma previsão mais concreta, possui um conteúdo abstrato passível de conformação razoável nas ideias de universalidade e periodicidade. Por exemplo, pode-se questionar a extensão da universalidade com base em um critério etário.

Ora, a previsão da obrigatoriedade de uma forma federativa do Estado não implica em nenhum arranjo governamental aprioristicamente detalhado de federalismo. Na verdade, como cediço, o desenvolvimento histórico do conceito de Estado Federal admitiu diversas conformações políticas institucionais em diversos países.[61]

De forma semelhante, a necessidade da observância da separação de poderes, ideal clássico do liberalismo político, não fornece respostas concretas e diretas sobre o que essa garantia necessariamente exige como modelo ideal de repartição da soberania.

Tais observações sobre a dimensão moral dos limites materiais ao poder de reforma mostram-se ainda mais evidentes quando se observa o teor da cláusula pétrea prevista no artigo 60, §4º, IV da Constituição, a qual determina a impossibilidade de deliberação de PEC tendentes a abolir direitos e garantias individuais.

É importante salientar que esse entendimento a respeito da abertura semântica das cláusulas pétreas é respaldado pela doutrina, sendo usualmente sustentado que os limites materiais ao poder de reforma constitucional não seriam transgredidos tão só por se atribuir às matérias postas sob a proteção de cláusula pétrea uma nova disciplina, mas o seriam se tal modificação suprimisse o princípios estruturais que fundamentam a Constituição:

---

[61] *Ibid.*, p. 287-288

> A cláusula pétrea não tem por meta preservar a redação de uma norma constitucional – ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição. Esses princípios, essas estruturas é que se acham ao abrigo de esvaziamento por ação do poder reformador. Nesse sentido, (...) a cláusula pétrea não tem por escopo proteger dispositivos constitucionais, mas os princípios neles modelados.[62]

Nesse contexto, todas as considerações dos capítulos anteriores sobre os limites que devem pautar a fundamentação jurídica da jurisdição constitucional, bem como a respeito da centralidade dos procedimentos legislativo para definir o conteúdo abstrato de disposições constitucionais, ganham destaque. Não se pode esquecer que está sendo trabalhado a possibilidade de intervenção judicial preventiva em um processo legislativo que, aparentemente, busque contrariar as cláusulas pétreas.

Como detalhado no capítulo 3, o conceito de democracia constitucional pressupõe a compreensão do regime democrático a partir da internalização das garantias constitucionais, em um conjunção "co-originária" entre liberdade pública e privada.

Também foi argumentado que o regime democrático assim compreendido pressupõe, para seu fiel desenvolvimento, o respeito às condições democráticas que fundamentam a participação moral do indivíduo, implicando em uma exigência de atribuição de igual consideração e respeito aos cidadãos integrantes da comunidade de princípios.

Ora, aqui ganha destaque a afirmação de que não haveria prejuízo democrático algum quando uma decisão do STF, visando à proteção do conteúdo substancial das cláusulas pétreas, determinasse a interrupção dos procedimentos deliberativos parlamentares. Argumenta-se, por conseguinte, que o regime democrático devidamente compreendido teria sido assegurado.

Entretanto, essa conclusão aparentemente simples encontra duas dificuldades de justificação, as quais representam precisamente as ideias desenvolvidas nos capítulos anteriores, quais sejam, os limites argumentativos da jurisdição constitucional e a centralidade do Legislativo no desenvolvimento do regime democrático.

Em primeiro lugar, constata-se que, ao incorporar uma inequívoca dimensão moral, as determinações das cláusulas pétreas comportam uma variedade razoável de interpretações quanto ao seu real significado. Dessa maneira, os Ministros do STF, a fim de julgar um Mandado de Segurança que impugnasse, por exemplo, uma PEC cujo objetivo seja a

---

[62] *Ibid.*, p. 140.

reestruturação do pacto federativo tributário, ou a redução da menoridade penal,[63] ou qualquer outro tema politicamente sensível, teriam que proceder à uma análise construtiva do direito aplicável a espécie, a fim de mostrá-lo em sua melhor luz.[64]

Logo, os Ministros deveriam retomar o histórico jurisprudencial da Corte a fim de propor interpretações adequadas da história constitucional, mas, sobretudo, o julgador teria que proceder a uma leitura moral das cláusulas pétreas em análise, buscando definir o que a comunidade de princípios exige como medida de justiça, ou seja, se é adequado que a comunidade busque uma reestruturação tributária ou mesmo a redução da menoridade penal.

Tal construção do raciocínio jurídico, ainda que possa ser pautado por uma lógica de princípios, certamente encontraria dificuldades em apreender toda a complexidade desses temas em debate no Parlamento.

De fato, as questões suscitadas no exemplo mencionado, relacionadas à garantia do federalismo (reestruturação tributária) e dos direitos fundamentais (menoridade penal), apresentam uma grande dimensão político-pragmática que não pode ser abarcada pela argumentação jurídica, sob pena de seu completo desvirtuamento.

A questão da menoridade penal, por exemplo, admite uma conformação política atrelada a objetivos coletivos de segurança pública que, apesar de questionáveis em seus fundamentos, não se desqualificam *a priori* como argumentos políticos válidos. Uma intervenção judicial preventiva em um tema tão sensível acarretaria, invariavelmente, em protagonismo judicial na condução da política brasileira, impedindo a própria deliberação de um tema tão delicado.

O mesmo ocorreria em relação a uma proposta de reestruturação da repartição de receitas tributárias. Apesar das inegáveis garantias constitucionais que embasam a correta distribuição de receitas entre os entes federativos, não há como se negar a dimensão política e econômica, dimensões essas inatingíveis pelo direito, que circundam esse tema tão sensível.

A questão dos limites argumentativos, por conseguinte, por ser inconclusiva, merece ser complementada pelas considerações de procedimentos democráticos trabalhadas no capítulo 3.

---

[63] Em uma hipótese semelhante e mais grave, o STF, no julgamento do MS 21.311, Relator Ministro Néri da Silveira, foi provocado a se manifestar sobre a PEC 1/1988, que visava instituir a pena de morte no Brasil, nos casos de roubo, sequestro e estupro, seguidos de morte. Apesar do severo conteúdo de tal proposta, o Ministro Relator negou o pedido de liminar, sob o fundamento de ausência de *periculum in mora*. Ao final, como é usual acontecer com as deliberações que são judicializadas, a proposta for arquivada.

[64] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luis Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.271-333.

Por se consubstanciarem em garantias abertas a um conteúdo moral, as cláusulas pétreas devem ser analisadas naquelas circunstâncias políticas propostas por Waldron,[65] quais sejam, a existência de um dissenso racional fundamentado sobre o que significa a implementação das cláusulas pétreas e a necessidade de uma decisão coletiva capaz de estabilizar o desacordo.

Nesse ponto, por se tratar de controle judicial preventivo sobre o processo legislativo, merece atenção especial todas aquelas considerações direcionadas à compreensão das atividades legislativas do Parlamento como um modo de governança digno.

Se o debate entre os parlamentares for conduzido em um amplo espírito deliberativo, direcionado ao entendimento, a legitimidade do STF para interromper tais deliberações do Congresso precisa arcar com um pesado ônus de justificação democrática.

O Congresso Nacional, de fato, fornece não só mecanismos capazes de abrigar o dissenso originado da esfera pública informal, mas também estruturas técnicas internas de controle da constitucionalidade das PECs, sendo as Comissões de Constituição e Justiça um exemplo notável.

Por outro lado, ainda que, diante das condições fáticas de estruturação do Legislativo brasileiro, os Ministros do STF estivessem convencidos que não só o debate parlamentar está sendo conduzido de modo casuístico, mas também a votação provavelmente se encaminhará rumo a um desfecho repreensível do ponto de vista democrático, um questionamento moral deveria ser levado em consideração.

Ao invés de simplesmente suspender preventivamente os trabalhos do Congresso, a Corte Constitucional poderia incorporar em seu discurso institucional uma postura de deferência aos riscos inerentes aos procedimentos democráticos fundamentados no dissenso generalizado.

Conforme salientado nos capítulos anteriores, o ato performativo de promulgação da Constituição, responsável por fundar uma comunidade de princípios, ao atribuir a capacidade moral jurídica aos seus cidadãos, deve arcar com os riscos da condução de um processo democrático que se corrige a si mesmo.[66]

Se a possibilidade do STF adotar uma decisão equivocada é equivalente à probabilidade do Congresso comprometer a democracia por seus atos legislativos, é central constatar que, ainda mais quando se trata de controle preventivo, no último caso, os cidadãos, através de seus representantes, erraram por si mesmos.

---

[65] WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p.102.
[66] HABERMAS, Jürgen**.** *Era das Transições.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 167.

Pode-se argumentar que o Supremo Tribunal Federal não pode deixar de conferir efetividade à norma constitucional que expressamente afirma a impossibilidade de deliberação de propostas capazes de abolir as cláusulas pétreas. Isso sem dúvida se justifica pela competência constitucional atribuída ao STF de guardião da Constituição.

Contudo, a objeção só ganharia força quando se depara com situações absurdas que, além de questionável relevância prática, demandaria uma análise atenta do caso concreto. Como já afirmado, adota-se aqui o pressuposto de que as cláusulas pétreas, por se revestirem de um conteúdo moral abstrato, comportam o desenvolvimento de um legítimo desacordo sobre seu conteúdo e alcance, de modo que o receio de PECs aprioristicamente inadmissíveis perde seu fundamento

Além disso, é importante salientar que os projetos de lei se caracterizam justamente por sofrerem grandes alterações durante sua tramitação, de maneira que, se uma PEC ofendesse tão direta e ferozmente uma moralidade política compartilhada na comunidade, a própria movimentação da esfera pública seria responsável por impedir tal deliberação legislativa, sendo que neste caso, mais uma vez, o aprendizado ocorreu de modo coletivo.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal, como um ente comprometido com a efetivação do regime democrático, deveria adotar uma posição mais cautelosa em deferência ao processo legislativo, evitando um ativismo crescente consubstanciado na produção desenfreada de liminares para interromper as atividades do Parlamento, ou mesmo suspendendo o julgamento das causas sob o pretexto de aguardar o debate parlamentar amadurecer, visto que a aprovação da PEC depende de uma votação em dois turnos em cada Casa do Congresso.

De fato, quando se observa na prática que a impetração das ações mandamentais são geralmente acompanhadas de pedido liminar para suspender a tramitação da PEC, é possível sustentar a necessidade de uma postura mais cautelosa por parte do STF com fundamento nos próprios requisitos de tais liminares. Ora, como cediço, a concessão de liminar no Mandado de Segurança, nos termos do artigo 7º, III, da Lei 12.016/2009, exige a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Se nos casos de PEC supostamente tendente a abolir cláusulas pétreas o que se verifica, na verdade, é a razoabilidade da ocorrência de um desacordo racional sobre o que significa implementar tais cláusulas, o requisito do *fumus boni iuris* resta inegavelmente prejudicado. Ademais, se adotada a mencionada posição de deferência ao processo legislativo, possibilitando ao Parlamento o cumprimento de sua responsabilidade constitucional de direção da política democrática, o requisito do *periculum in mora* também carece de relevantes fundamentos de justificação.

Concluindo, pode-se afirmar que quando se deparar com a impetração de Mandados de Segurança por parlamentares que aleguem a infringência de cláusulas pétreas na tramitação de alguma PEC, ao invés de adotar a corriqueira posição ativista frente ao processo político, a Corte Constitucional deve arcar com um ônus argumentativo pesado. Esse ônus, por sua vez, deve ser capaz de justificar satisfatoriamente a necessidade de interrupção preventiva de um procedimento coletivo legítimo de aprendizado democrático que, em última medida, representa o regime democrático funcionando em sua melhor forma.

CONCLUSÃO

Este trabalho, partindo da constatação de expansão do fenômeno da jurisdição constitucional em escala global e nacional, procurou debater os limites de atuação legítima do Supremo Tribunal Federal no controle preventivo do processo legislativo.

Nesse contexto, observou-se inicialmente que, a despeito da relevância prática dos casos judiciais e de sua repercussão midiática, a doutrina constitucional brasileira não aborda a temática com a complexidade exigida pelo tema, limitando-se a reproduzir a posição jurisprudencial da Corte Constitucional.

A fim de possibilitar uma análise ampla e complexa dos limites dessa atuação preventiva da jurisdição constitucional, foi proposta uma divisão do problema em duas dimensões: (a) limites argumentativos da aplicação do direito e (b) a centralidade do processo legislativo na condução do regime democrático.

Analisando-se o caráter argumentativo dos processos de aplicação do direito, constatou-se que a jurisdição constitucional, ao promover a observância geral e obrigatória das garantias constitucionais, deve fundamentar suas decisões em uma lógica de princípios, pois, ainda que a leitura moral da Constituição implique uma interpretação construtiva do juiz, os argumentos jurídicos possuem uma lógica própria, que os diferem dos juízos meramente políticos.

No que diz respeito à compreensão do processo legislativo, concluiu-se que em um contexto de profundo desacordo moral entre cidadãos os quais, apesar de comprometidos com o respeito aos direitos fundamentais, divergem de boa-fé entre si sobre o conteúdo das condições de efetivação da democracia, o Parlamento, com seus procedimentos de tomada de decisões coletivas, mostra-se como um espaço legítimo de formação da vontade política comprometida com a efetivação da democracia constitucional.

Por fim, diante das conclusões concernentes às duas dimensões propostas, foi-se realizada uma abordagem crítica das hipóteses de cabimento do controle preventivo de constitucionalidade reconhecidas pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

Essa última análise demonstrou, por sua vez, que o controle formal do processo legislativo é justificável não somente do ponto de vista principiológico dos argumentos jurídicos, mas como uma forma de preservação das condições democráticas de deliberação coletiva no Congresso Nacional.

Todavia, quanto ao controle preventivo material de propostas de emenda à Constituição, restou comprovado que tal modalidade de controle não apenas carece de fundamentos argumentativos sólidos relacionados a questões de princípio, como geralmente implica em uma ilegítima intervenção nos procedimentos legislativos do Parlamento o qual, por sua estrutura e composição, representa uma instituição digna e capaz de efetivar uma democracia deliberativa constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert**. Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication**. Berlin: Springer, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 20.257/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, Julgamento em 08/10/1980, Publicação no DJ em 10/04/1981.

_____. Supremo Tribunal Federal, MS 20.452/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Aldir Passarinho, Julgamento em 07/11/1984, Publicação no DJ em 11/10/1985.

_____. Supremo Tribunal Federal, MS 21.642/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Presidente, Julgamento em 25/01/1993, Publicação no DJ em 03/02/1993.

_____. Supremo Tribunal Federal, MS 21.311/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, Publicação no DJ 06/10/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal ,MS 27.931/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento suspenso em 16/12/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, MS 31.816/DF, Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Ministro Teori Zavascki, Julgamento em 27/02/2013, Publicação no DJ em 13/05/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, MS 32.033/DF, Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Ministro Teori Zavascki, Julgamento em 20/06/2013, Publicação no DJ em 18/02/2014.

DAHL, Robert . **Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker**. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/emlj6&div=20&id=&page=>

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins fontes, 2001.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins fontes, 2006.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luis Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**.Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen**. Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volumes 1 e 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **A inclusão do outro**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, 280-281.

_____**. Era das Transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. **A afirmação da justiça como a tese da única decisão correta:** o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito

moderno. 2008. 116f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília: 2008.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999

WALDRON, Jeremy. **The dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. **O Judicial Review e as Condições da Democracia**. In: Antônio Carlos; Moreira, Luiz. (organizadores). LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **The Core of the Case Against Judicial Review**. Disponível em: <http://www.fortthomas.kyschools.us/userfiles/363/Classes/10174/CoreofCaseAgainstJudicialReview.pdf>.