

**BALIZAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
PREVENTIVO:
UMA ANÁLISE DO MANDADO DE SEGURANÇA 32.033 A PARTIR DO
PROCEDIMENTALISMO DISCURSIVO**

**PARAMETERS OF THE PREVENTIVE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY:
AN ANALYSIS OF THE WRIT OF MANDAMUS 32.033 UNDER DISCURSIVE
PROCEDURALISM**



Recebimento em 22/07/2019

Aceito em 25/08/2020

Thales Alessandro Dias Pereira¹

RESUMO: O presente artigo analisa o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n.º 32.033, que apreciou um pedido de suspensão do trâmite de projeto de lei e denegou a segurança, asseverando que a intervenção judicial durante o processo legislativo só é possível nas hipóteses de violação às regras procedimentais ou de proposta de emenda constitucional contrária à cláusula pétrea. O marco teórico da análise é o procedimentalismo discursivo. Sob essa ótica, a jurisdição constitucional tem a função precípua de preservar as condições democráticas do processo legislativo. Argumenta-se que as razões da corrente denegatória da segurança no julgado referido adequam-se a uma concepção procedimentalista de jurisdição constitucional, na medida em que possibilitam ao STF o cumprimento de seu papel de garantir o processo democrático sem incorrer em uma excessiva judicialização da atividade política.

Palavras-chave: Procedimentalismo. Jurisdição constitucional. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT: This article analyzes the position adopted by the Federal Supreme Court in Writ of Mandamus n. 32.033, which examined a petition for suspension of a bill and denied it, asserting that judicial intervention in the legislative process is only possible in hypotheses of violation of the procedural rules or contrariety to limitation clauses by a proposal for constitutional amendment. The theoretical framework of the analysis is discursive proceduralism. By this sight, the constitutional jurisdiction has the primary function of preserving the democratic conditions of legislative process. It is argued that the reasons for the denial of the petition are adequate to a procedural conception of constitutional jurisdiction, inasmuch as they enable the Federal Supreme Court to fulfill its role of guaranteeing the democratic process without incurring in excessive judicialization of political activity.

Keywords: Proceduralism. Constitutional jurisdiction. Constitutionality control.

1 INTRODUÇÃO

¹ Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Defensor Público do Estado do Maranhão.



O presente artigo analisa a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n.º 32.033, em 20 de junho de 2013, no qual foram assentadas as diretrizes jurisprudenciais a respeito do controle jurisdicional de constitucionalidade preventivo no curso do processo legislativo.

O parâmetro teórico adotado para a análise do julgado é o procedimentalismo discursivo de Jürgen Habermas, o qual, reconhecendo a complexidade de valores, fins e interesses sociais, atribui à jurisdição constitucional a função de resguardo do funcionamento do jogo político-democrático, tendo, porém, a sociedade civil e os legisladores o protagonismo no desenvolvimento da ordem jurídica.

Nesse julgado, a Corte Suprema foi provocada por Senador da República a intervir no trâmite do Projeto de Lei da Câmara n.º 14/2013 (anteriormente Projeto de Lei n.º 4.470/2012) no Senado Federal, que visava a disciplinar o acesso dos partidos políticos ao Fundo Partidário e ao direito de antena (horário de propaganda eleitoral gratuita), para sustá-lo por suposta inconstitucionalidade material.

Todavia, o *writ* foi denegado², sob a razão de, conforme a corrente vencedora, somente ser possível a intervenção judicial no âmbito legislativo em duas hipóteses: assegurar o devido processo legislativo aos parlamentares e sustar a tramitação de propostas de emenda constitucional que contrariem cláusulas pétreas. Este julgado tornou-se o paradigma do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, servindo como referência em situações posteriores.

Para os fins da presente exposição, não interessa uma análise pormenorizada da matéria de fundo (constitucionalidade das novas regras trazidas na proposta legislativa), mas sim da questão relacionada à possibilidade ou não da intervenção do Supremo Tribunal Federal no trâmite do Projeto de Lei.

A partir da fundamentação dos votos dos ministros, tem-se que a discussão subjacente diz respeito aos limites da legitimidade de atuação da jurisdição constitucional perante a vontade parlamentar, dando ensejo à consolidação do entendimento da Corte a respeito das hipóteses de intervenção judicial no trâmite de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional para exercer o controle de constitucionalidade preventivo quanto ao conteúdo da proposição legislativa.

Inicialmente, serão expostas as noções de Constituição e jurisdição constitucional sob a ótica discursiva, a partir da explicitação da noção de racionalidade comunicativa e do papel do Direito assegurador da autonomia privada e pública dos cidadãos e como mediador entre o poder comunicativo difuso e o poder administrativo.

Em um segundo momento, realizar-se-á a exposição dos principais argumentos lançados no julgamento do Mandado de Segurança n.º 32.033, com a síntese das razões contra e a favor da concessão da segurança.

Ao final, analisar-se-á se a decisão proferida foi ou não condizente com uma concepção procedimentalista de jurisdição constitucional.

2 A VISÃO PROCEDIMENTALISTA DE CONSTITUIÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

² Posteriormente, o Projeto de Lei da Câmara n.º 14/2013 foi aprovado e sancionado, tornando-se a Lei n.º 12.875, de 30 de outubro de 2013, a qual foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105, cerca de dois anos depois.

Os Tribunais Constitucionais ocupam um espaço amplo e profundo no funcionamento das sociedades democráticas modernas, chegando a assumir até mesmo um papel de autoridade patriarcal quando a eles é atribuída a tarefa de definir questões éticas sem liame estrito com a Constituição e de reafirmar ou rechaçar valores sociais na condição de uma instância superior e supostamente neutra (MAUS, 2000). Por isso, ainda são discutidos os limites democráticos da jurisdição constitucional.

Para as posturas substancialistas, como a Constituição é a explicitação de valores e fins sociais, vinculantes inclusive para a Política, a legitimidade da jurisdição constitucional é atrelada à capacidade das Cortes Constitucionais de efetivá-los, implicando uma postura mais ativa do Judiciário na avaliação dos atos dos outros Poderes, especialmente no que concerne à implementação dos direitos sociais (STRECK, 2004, p. 156-163).

Por outro lado, posturas procedimentalistas reconhecem a complexidade de valores, fins e interesses sociais, atribuindo à jurisdição constitucional a função de resguardo do funcionamento do jogo político-democrático, tendo a sociedade civil e os legisladores o protagonismo no desenvolvimento civilizatório, o que, por consequência, reduz a legitimidade (em termos de liberdade) do Judiciário em apresentar respostas conteudísticas às indagações que lhe são trazidas (STRECK, 2004, p. 147-156).

Uma das vertentes procedimentalistas advém da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas, a qual, em abordagem pluridisciplinar, articula uma sociologia reconstrutiva na análise da evolução das sociedades modernas, a fim de explicitar os pressupostos do Estado de Direito sob a ótica da racionalidade comunicativa.

Tendo isso em vista, o tópico seguinte traçará, de forma sintética, o percurso de uma concepção de racionalização social como mudança das condições para o entendimento mútuo até uma teoria da Constituição e da jurisdição constitucional centrada na preservação de esferas públicas e das liberdades comunicativas dos cidadãos.

2.1 Direito e discurso: explicitando o liame entre racionalidade comunicativa e Constituição

Para compreender a noção de racionalidade comunicativa, deve-se ter em mente que a razão humana não se esgota na capacidade de aprender lidando com a natureza e nem de obter sucesso em intervenções no mundo através de meios conscientemente escolhidos. Há também a capacidade dos homens de se entenderem mutuamente e de coordenarem o seu agir em conjunto. Trata-se da racionalidade comunicativa, que tem como meio operativo a linguagem:

Si partimos de que la especie humana se mantiene a través de las actividades socialmente coordinadas de sus miembros y de que esta coordinación tiene que establecerse por medio de la comunicación, y en los ámbitos centrales por medio de una comunicación tendente a un acuerdo, entonces la reproducción de la especie exige también el cumplimiento de las condiciones de la racionalidad inmanente a la acción comunicativa. Estas condiciones se tornan accesibles en la modernidad — es decir, con la decentración de la comprensión del mundo y la diferenciación de distintos aspectos universales de validez (HABERMAS, 1999, p. 506).



Ao se pensar a ideia de racionalidade de modo diferente de seu sentido usual, o cognitivo-instrumental, enfatizando-se a racionalidade comunicativa dos sujeitos, pode-se pensar a reprodução da vida social não apenas como o enfrentamento estratégico entre indivíduos ou grupos, de modo hobbesiano, ou como o domínio da natureza pela técnica, mas também (e em última instância) como o processo contínuo de entendimento mútuo entre os agentes sociais, que compartilham entre si regras linguísticas, intenções pessoais, valores, normas e visões de mundo.

Põe-se em evidência a categoria do agir comunicativo, entendida como a modalidade da ação em que os agentes buscam a influência sobre outros agentes através do convencimento racional e da formação de acordos, empregando a linguagem na busca do levantamento e reconhecimento intersubjetivo de diferentes pretensões de validade:

Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação. O acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade. No caso de processos de entendimento mútuo linguísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validade, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se referam a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade de vivências a que têm acesso privilegiado) (HABERMAS, 2003a, p. 79).

A partir do momento em que tais pretensões de validade são problematizadas, a ação comunicativa assume uma forma reflexiva ou discurso³, através do qual os agentes fazem uso de razões ou argumentos⁴ para assentar o conflito que surge, até que as concepções problematizadas sejam novamente reconduzidas a uma esfera difusa de convicções compartilhadas e inicialmente a problemáticas, ou mundo da vida (HABERMAS, 1992, p. 104).

Vistos tais pressupostos básicos, aponta-se que, para Habermas, as sociedades modernas são caracterizadas pela dessacralização da ordem social, com a diferenciação entre uma esfera social composta por um mundo da vida racionalizado (no qual ingressa um risco estrutural de dissenso ou problematização de pretensões de validade) e as esferas sociais constituídas por interações estratégicas (racionalidade instrumental) da economia e do Estado, formalizadas e até

³ Para Habermas “[...] ‘discurso racional’ é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente” (HABERMAS, 2003b, p. 142, grifos no original).

⁴ “Llamo *argumentación* al tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos. Una *argumentación* contiene razones que están conectadas de forma sistemática con la *pretensión de validez* de la manifestación o emisión problematizadas. La fuerza de una argumentación se mide en un contexto dado por la pertinencia de las razones. Esta se pone de manifiesto, entre otras cosas, en si la argumentación es capaz de convencer a los participantes en un discurso, esto es, en si es capaz de motivarlos a la aceptación de la pretensión de validez en litigio” (HABERMAS, 1999, p. 37).



certo ponto regulada pelo Direito, o qual, ao lado de uma moral universalista sem força obrigacional, ganha autonomia frente a esferas éticas particularistas (HABERMAS, 1992, 215-280; 2003b, p. 40-63).

O Direito, como instituição social integrante ao mesmo tempo do mundo da vida e dos sistemas estratégicos da economia e da burocracia, passa a ocupar um lugar privilegiado na integração social, ao lado das instituições sociais elementares. Sua legitimidade, no entanto, dissocia-se da autorrealização ética individual ou coletiva e da autodeterminação moral das pessoas. O seu conteúdo frequentemente passa a ultrapassar o leque de questões julgáveis moralmente (posto que a abrangência do conteúdo moral universalizável é reduzido) e vem até mesmo a contrariar valores dissonantes das diversas éticas comunitárias dentro de uma sociedade complexa e multicultural.

A partir desse quadro, é de se indagar qual seria a concepção de legitimidade do Direito em uma sociedade de inúmeros valores e parâmetros éticos. Na Teoria do Discurso, encontra-se uma concepção abstrata de legitimação de normas, contida no “princípio” da ética discursiva, pelo qual “[s]ão válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2003b, p. 142)⁵.

Quando inserido em uma teoria social e da democracia, tal postulado da ética discursiva é reformulado como um “princípio da democracia”, pelo qual a legitimidade de normas jurídicas reside em seu processo de geração segundo procedimentos discursivos que incluam todos aqueles que serão por elas atingidos (HABERMAS, 2003b, p. 143-147).

Isso é realizado através da concorrência e entrelaçamento dos diversos argumentos ético-políticos (questões existenciais das comunidades, relativas à compreensão de seu modo de viver, assim como quais objetivos ou fins devem ser priorizados), pragmáticos (quais medidas devem ser adotadas para atingir os objetivos almejados), morais (o que seria mais justo ou isonômico a todos os interessados) ou mesmo de negociações estratégicas (compensações de interesses não universalizáveis, porém negociados na formação de compromissos) empreendidas pelos diversos grupos sociais, no bojo das diversas esferas de produção normativa (seja a legislativa, a administrativa ou a judicial).

Dessa forma, Habermas (2003b, p. 142-143) apresenta a ideia de democracia como o exercício de liberdades comunicativas por todos os possíveis atingidos pelas normas jurídicas, com a maior neutralização possível das formas de coerção sobre os sujeitos, que devem ser dotados de uma autonomia pública, constituída pela liberdade de participação e de problematização no espaço público, e de uma autonomia privada, consistente na liberdade de também não participar do espaço público e de não ter que justificar a todo o tempo seus valores privados e suas formas de viver em sua vida privada.

A atuação dos sujeitos se dá através de um poder comunicativo difuso no seio social que pressupõe esferas públicas relativamente livres e autônomas⁶. Por outro lado, a função do sistema constitucional de direitos é possibilitar o uso de suas liberdades comunicativas dos cidadãos, canalizando os impulsos (interesses, valores e expectativas) da periferia política do mundo da vida aos centros de decisão da burocracia (HABERMAS, 2003b, p. 220-221).

⁵ Considerando-se que atingido é “todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas” (HABERMAS, 2003b, p. 142).

⁶ Conforme Habermas (2003c, p. 92), as esferas públicas podem ser descritas como redes em que circulam comunicações de conteúdos, tomadas de posição e opiniões, constituindo espaços em que fluxos comunicacionais são tematizados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas (isto é, sem sujeitos determinados), condensadas em temas específicos.



Chega-se, então, à concepção procedimentalista de Constituição. Esta, nas sociedades modernas, exerce papéis-chave na relação entre o Direito, o poder comunicativo dos cidadãos e o poder político, resumidos da seguinte maneira a partir da obra de Habermas: (i) ela outorga a base da estruturação jurídica dos procedimentos de transformação do poder comunicativo – que se encontra difuso ao longo das redes de argumentos de uma esfera pública fortalecida – em poder administrativo e em poder político do legislador; (ii) em razão da validade deontológica de suas normas, ela possibilita o pluralismo axiológico, que se caracteriza pela concorrência de diversos valores e discursos emergentes da esfera pública para a formação da vontade estatal; (iii) representa o parâmetro de aferição de legitimidade das leis no interior discurso jurídico; e (iv) possui um conteúdo essencialmente dinâmico, reconstruído e aperfeiçoado continuamente ao longo do tempo, pois “o Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a *reatualizar*, em circunstâncias precárias, o sistema de direitos” (HABERMAS, 2003c, p. 118).

Com efeito, a Constituição é o que estrutura os canais, as vias de acesso, os procedimentos através dos quais os juízos morais-rationais, os valores, os interesses ou os compromissos negociáveis advindos de uma esfera pública pluralista (que só pode ser pública caso seja inclusiva e aberta, em princípio, a qualquer problematização) ingressam no jogo político e no aparelho burocrático, desde que passíveis de justificação por argumentos racionalizáveis ou através da negociação equitativa de interesses.

2.2. Os limites da jurisdição constitucional de acordo com o procedimentalismo discursivo

A Constituição guarda uma divisão de funções do poder estatal em que a primazia do manejo de argumentos pragmáticos, éticos e morais é atribuída à esfera pública e ao legislador político, enquanto a afirmação do sentido normativo de princípios jurídicos cabe à jurisdição e o desenvolvimento do conteúdo teleológico das leis à burocracia. Isso porque a releitura procedimentalista da separação de poderes a partir da argumentação no bojo da Política, da Administração e da Jurisdição.

Em síntese, o procedimentalismo discursivo adota uma leitura da tripartição de poderes segundo uma escala de liberdade para a legítima utilização de razões (argumentos) no manejo de normas jurídicas, dentro de um leque progressivo de possibilidades argumentativas disponíveis à Administração, à Jurisdição e à Política.

O Legislador produz normas legais valendo-se não apenas de discursos jurídicos e pragmáticos, mas também de discursos ético-políticos, morais e compromissos negociáveis equitativamente, em procedimentos racionais de deliberação estruturados constitucionalmente, dividindo tarefas de aplicação e fundamentação normativa com a Justiça. A atividade administrativa, no bojo de discursos pragmáticos, desenvolve programas finalísticos contidos na ordem jurídica vigente, cujas razões normativas lhe são indisponíveis, pois já estabelecidas pelo Legislativo. Por sua vez, a Justiça, ao decidir com autoridade no caso particular, define o conteúdo da ordem jurídica e estabiliza expectativas de comportamento, por meio de discursos de adequação (a explicitação de quais das normas válidas é adequada à situação e por quê) e, em caráter excepcional, de fundamentação normativa (a justificação da validade ou invalidade de uma norma) (HABERMAS, 2003b, p. 183)⁷.

⁷ O procedimentalismo discursivo estabelece um modelo básico de relações entre as funções judicial, administrativa e legislativa a partir de um plano teórico mais abstrato, fundado na Teoria da Ação Comunicativa e na Ética do

Nesse contexto, a jurisdição constitucional é vista como a atividade de interpretação e aplicação da Constituição com a finalidade precípua de assegurar a autonomia pública e a autonomia privada dos cidadãos, devendo garantir as regras do jogo político-democrático, consolidando o sistema de direitos fundamentais concretizado historicamente (OLIVEIRA, 2006, p. 167).

Situa-se entre dois extremos: não pode usurpar o papel do Legislador e dos cidadãos de desenvolvimento da ordem jurídica, tolhendo novas compreensões da Constituição ou escolhas aprovadas segundo as regras do jogo democrático, ainda que a Corte não concorde com o mérito dessas decisões; por outro lado, não pode omitir-se diante de violações de direitos e desequilíbrios ilegítimos nos processos políticos, com o alijamento indevido de indivíduos ou grupos dos centros de decisão.

Por isso, embora não deva adotar uma autocontenção irrefletida, danosa à efetivação de direitos fundamentais, a jurisdição constitucional não pode avocar a si um papel paternalista que retire da sociedade civil e do Legislador institucional o papel de proeminência na definição política do complexo corpo de valores, fins e interesses sociais:

A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade; tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública politizada – da cidadania que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição” -, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor (HABERMAS, 2003b, p. 346-347).

Há, porém, uma observação necessária: não se pode sobrecarregar as expectativas depositadas sobre o processo político, no sentido de diferenciar-se uma forma ideal/ética de uma forma real/degenerada de política, uma vez que as negociações, os grupos de pressão e os jogos de influências também fazem parte do processo político-democrático⁸.

A jurisdição constitucional deve atentar, na realidade, para os limites estabelecidos constitucionalmente para a liberdade de tomada de decisões do sistema político, nos casos de impossibilidade de justificação racional de valores sociais que excluam liminarmente a

Discurso. Isso é ponto de incompatibilidade com concepções teóricas que pendem para uma noção de separação de poderes mais contextual, ou seja, de acordo com as conjunturas político-sociais e as interações entre os Poderes, tal como a proposta dialógico-cooperativa de Mendes (2011): “I propose a criterion of legitimacy that situates deliberation as a dominant variable, from where one can derive a metric of institutional interaction – deliberative performance. I defend that parliaments and courts have legitimacy to be activist to the extent that they engage in dialogue. They can choose to defer, to wait or, in the face of a good new argument, to challenge the other branch”.

⁸ “Na política legislativa, a adução de informações e a escolha pragmática dos meios estão entrelaçadas com o balanceamento de interesses e a formação de compromissos, com o auto-entendimento ético e a formação de preferências, com a fundamentação moral e o exame jurídico da coerência” (HABERMAS, 2003b, p. 352).



participação de grupos sociais econômica ou politicamente mais fracos dos procedimentos de formação da vontade política ou que retirem deles a proteção de direitos fundamentais contra abusos de eventuais maiorias.

Esse elemento contramajoritário se deve ao fato de que o princípio democrático não reflete apenas o desejo da maioria, mas exige um equilíbrio dinâmico entre as forças que compõem o jogo político, de modo que a concorrência entre diferentes valores e interesses na esfera pública não pode, legitimamente, sobrepujar as próprias regras do jogo político. A Teoria do Discurso visualiza na atuação da jurisdição constitucional a legitimidade necessária para nulificar decisões tomadas por maiorias que eclipsam o sentido pluralista dos procedimentos democráticos (OLIVEIRA, 2007, p. 98).

A outro giro, não havendo tais exclusões, a jurisdição constitucional deve ter cautela ao rever decisões legislativas. Isso porque é a esfera político-legislativa que mais recebe os impulsos das esferas públicas, e, com isso, o influxo dos discursos morais, pragmáticos e ético-políticos advindos da sociedade, ainda que a Justiça e Administração adotem parcialmente mecanismos de participação complementares (como audiências e consultas públicas, ou o *amicus curiae*)⁹.

Em síntese, a concepção procedimentalista depõe a favor de um maior cuidado à jurisdição constitucional ao adentrar em discussões de conteúdo quando da invalidação de escolhas do Legislador, por ter este, ao mesmo *prima facie*, primazia no desenvolvimento da ordem jurídica.

Traçadas estas linhas gerais acerca das concepções procedimentalistas de Constituição e de jurisdição constitucional, expor-se-ão os argumentos lançados no bojo do Mandado de Segurança n.º 32.033.

3 MANDADO DE SEGURANÇA 32.033: PEDIDO, VOTOS E DECISÃO

O Mandado de Segurança 32.033 foi impetrado em 24 de abril de 2013 pelo Senador Rodrigo Sobral Rollemberg perante o Supremo Tribunal Federal, requerendo a suspensão do trâmite do Projeto de Lei da Câmara n.º 14/2013 (anteriormente Projeto de Lei n.º 4.470/2012) no Senado Federal.

Para melhor contextualizar, em 30 de abril de 2013, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei n.º 4.470/2012, o qual, muito embora não vedasse liminarmente o acesso ao fundo eleitoral por novas legendas (criadas entre um pleito eleitoral e outro), impedia que a sua representatividade (para fins de acesso ao fundo partidário e do tempo de propaganda eleitoral gratuita) fosse aferida a partir dos parlamentares já eleitos que para elas migrassem, de forma que a nova agremiação estaria ineludivelmente restrita a quotas menores do fundo e do direito de antena. Isso não aconteceria com partidos decorrentes de fusão ou incorporação daqueles existentes, uma vez que a sua representatividade seria aferida através do desempenho dos partidos originários no último pleito eleitoral.

⁹ “Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito –, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase-legisladora da opinião e da vontade necessitam certamente de um outro tipo de legitimação. O fardo desta legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico” (HABERMAS, 2003c, p. 183).

Essas alterações legislativas diziam respeito à distribuição do tempo de propaganda gratuita e do fundo partidário previsto no §3º do artigo 17 da Constituição Federal (nos termos da redação anterior à Emenda Constitucional n.º 97, de 04 de outubro de 2017), de acordo com a sua representação no Congresso Nacional. À época, a nova regulamentação desse dispositivo decorreu da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.430, em 29 de junho de 2012, na qual foi declarada a inconstitucionalidade da antiga redação da Lei das Eleições, estabelecendo-se a possibilidade de que os parlamentares eleitos levassem a sua representatividade aos novos partidos criados, bem como que todas as agremiações tivessem acesso ao tempo de propaganda eleitoral gratuito, muito embora em proporções diferenciadas (BRASIL, 2012).

No Mandado de Segurança, segundo o impetrante, foi ferido o seu direito líquido e certo de não se submeter a um processo legislativo que culminaria em lei inconstitucional, uma vez que o projeto e a sua votação seriam, na verdade, uma “manobra arbitrária, casuística e inconstitucional da maioria parlamentar para obstaculizar a criação de novas agremiações partidárias antes das eleições gerais de 2014” (BRASIL, 2013a, p. 05), pois a vedação à transferência proporcional de recursos do Fundo Partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão dificultaria a criação de novas legendas partidárias antes das eleições de 2014.

Em razão disso, haveria ofensa à cláusula pétrea do direito fundamental à livre criação de novos partidos e do pluralismo político, nos termos definidos pelo STF na decisão proferida na ADI 4.430, e ao princípio da igualdade entre partidos, e discriminação indevida pela criação de parlamentares de primeira e de segunda categorias (BRASIL, 2013a, p. 06).

Após o conhecimento da ação mandamental, a segurança foi denegada por maioria de votos, formando-se duas correntes: a vencedora, integrada pelos Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Joaquim Barbosa, e a vencida, composta pelos Ministros Gilmar Mendes (Relator), Dias Toffoli e Celso de Mello. Os argumentos principais foram basicamente repetidos pelos ministros, sendo pertinente a análise das razões dos votos do Ministro Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Teori Zavascki e Luiz Fux.

O primeiro a votar, quanto ao mérito, foi o relator à época, Ministro Gilmar Mendes, que já havia deferido medida liminar anteriormente, suspendendo o trâmite legislativo. Em seu posicionamento, não haveria intervenção indevida do STF no caso de concessão da segurança, uma vez que, supostamente, haveria precedentes autorizativos no sentido de que parlamentares federais possuiriam legitimidade ativa para impugnar processo legislativo do qual pudesse resultar lei ou emenda constitucional contrária à cláusula pétrea. Para ele, o controle jurisdicional quanto ao conteúdo da proposição legislativa se estenderia tanto às propostas de emendas constitucionais quanto aos projetos de leis, não havendo razão para diferenciação entre essas duas hipóteses.

Chamou atenção ainda para a redação do §4º do artigo 60 da Constituição, o qual expressamente diz que não serão sequer objeto de deliberação propostas de emenda constitucional tendentes a abolir cláusulas pétreas, o que justificaria a intervenção judicial por iniciativa de parlamentar, a fim de que este não seja constrangido a participar de um processo legislativo que dará origem a norma contrária às citadas superregras.

Dessa forma, o controle de natureza procedimental seria indistinguível do controle material, uma vez que necessariamente a Corte teria que analisar o mérito da proposição legislativa para averiguar eventual incompatibilidade com as cláusulas pétreas explícitas ou implícitas da Constituição.

Por outro lado, mesmo sem fazer referência a eventuais elementos de fato que



subsidiassem as suas afirmações, o Ministro considerou que a aprovação do Projeto de Lei foi uma manobra com a finalidade de rechaçar a decisão tomada pelo STF na ADI 4.430, com o verdadeiro intuito de prejudicar o surgimento de novos partidos políticos e afastar a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da pluralidade partidária:

Não há a menor dúvida de que esse projeto de lei introduz em seus dispositivos normas de caráter interpretativo, que buscam afastar a interpretação conferida a tal matéria por esta Corte, no julgamento da ADI 4.430. Ou seja, nessa ação direta o Supremo interpretou a Constituição para entender que o pluripartidarismo e a livre criação de legendas são direitos políticos fundamentais (cláusulas pétreas) que impedem a proibição da transferência, em conjunto com os parlamentares que deixarem suas legendas para criarem novas agremiações, de seus respectivos tempos de rádio e TV e cotas do Fundo partidário. E o PLC 14/2013 pretende dispor em sentido diametralmente oposto(BRASIL, 2013a, p. 116, grifos no original).

Após defender que uma das funções precípua da jurisdição constitucional seria a de garantir condições mínimas do jogo democrático, sustentou que houve um açodamento no trâmite legislativo, fazendo referência à data do início do trâmite do Projeto na Câmara dos Deputados (em 19 de setembro de 2012), da adoção do Requerimento de Urgência (em 16 de abril de 2013), e a sua aprovação (em 23 de abril de 2013), com o seu ulterior envio ao Senado Federal¹⁰.

A essa argumentação, juntou-se a do Ministro Dias Toffoli, cingindo-se, basicamente, a expor o posicionamento do STF na ADI 4.430, sustentando que o Poder Legislativo agiu deliberadamente para afastar a autoridade da decisão da Corte Suprema, funcionando o projeto de lei como uma “ação rescisória” contra o STF:

[...] Não há como negar um caráter casuístico aqui. Não dá para negar que grupos majoritários no Parlamento estão querendo atingir a essência da disputa democrática por intermédio dos instrumentos mais importantes do debate político e do debate político eleitoral, que são o acesso gratuito ao rádio e à televisão - seja no caso de programa partidário (Lei nº 9.096), seja no caso da propaganda eleitoral gratuita (Lei nº 9.504) - e ao Fundo Partidário, disciplinado na Lei nº 9.096/95 (BRASIL, 2013a, p. 140).

A corrente vencedora foi inaugurada pelo Ministro Teori Zavascki, que citou precedentes no sentido do descabimento do controle jurisdicional de constitucionalidade preventivo, salvo em caso de duas exceções: propostas de emendas constitucionais que contrariem cláusulas pétreas e propostas legislativas em geral que ofendam o próprio procedimento previsto na Constituição Federal.

¹⁰ Note-se que em 24 de abril de 2013 o Plenário do Senado estava reunido apreciando o requerimento de urgência para a aprovação do Projeto, quando houve a concessão da liminar no mandado de segurança pelo Ministro, por considerar este que “uma eventual aprovação casuística e apressada do PLC 14/2013 seria o sufocamento das mobilizações políticas envolvidas na criação de alguns novos partidos” (BRASIL, 2013a, p. 111).



E, no caso concreto, não se trataria de proposta de emenda constitucional e nem de ofensa ao processo legislativo, uma vez que a alegação do impetrante “simplesmente, é que o projeto de lei tem conteúdo incompatível com o art. 1º, V e com o art. 17, caput, da Constituição Federal” (BRASIL, 2013a, p. 140).

O Ministro Teori defendeu uma postura mais restritiva na seara do controle jurisdicional preventivo, sustentando que, embora não se corporifique mais uma distinção estrita entre Política e Direito na formação da legislação e na jurisdição constitucional, o processo legislativo se situa, quanto à competência para a prática de atos decisórios, no domínio da Política, e a aplicação e interpretação da Lei já formada, no âmbito do Direito:

É indispensável, por isso mesmo, que na relação entre direito e política e seus correspondentes atores institucionais, se leve na devida conta a necessária separação que há entre o processo para a formação da lei e o processo para interpretação e aplicação da lei já formada: aquele, pertencente ao domínio político do Parlamento e do poder de veto do Executivo, deve ser resguardado de interferências jurisdicionais indevidas, assim como esse, que pertence ao domínio judiciário, não pode ser contaminado por interferências externas de origem política (BRASIL, 2013a, p. 145).

Ainda rechaçou o critério da gravidade do vício como critério autorizativo do manejo de mandado de segurança para o controle preventivo de constitucionalidade, pois considerou que toda violação à Constituição seria grave, de modo que tal entendimento alargaria a possibilidade de acionamento jurisdicional para toda e qualquer situação.

Da mesma forma, uma intervenção jurisdicional prematura retiraria dos poderes Legislativo e Executivo suas prerrogativas (previstas na Constituição) de discutir e aperfeiçoar o processo político, sanando, eles mesmos, eventual vício de inconstitucionalidade através do debate parlamentar e do veto presidencial.

Finalizando o seu voto, no sentido da denegação da segurança, para o Ministro, mesmo que fosse evidente o vício de inconstitucionalidade de um projeto de lei, considerou descaber ao Poder Judiciário interferir antes de sua transformação em lei sancionada, sob pena de duvidar-se da responsabilidade dos demais Poderes (BRASIL, 2013a, p. 148).

O Ministro Luiz Fux, que também votou pela denegação da segurança, traçou, primeiramente, um panorama da jurisprudência do STF, chegando à conclusão contrária à do Ministro Gilmar Mendes, no sentido que a Suprema Corte jamais teria admitido o controle de constitucionalidade jurisdicional preventivo quanto ao conteúdo de projetos de leis.

Em sequência, invocando as concepções de Bruce Ackerman, reputou serem quatro os argumentos descritivos contrários a esse tipo de intervenção jurisdicional. O textual seria que o artigo 60, §4º, da Constituição Federal, se refere apenas a emendas constitucionais. O ontológico seria que existe diferença substancial entre o processo legislativo de projetos de leis, que se situa no âmbito da Política ordinária, em que não há afetação ao pacto constituinte originário, e o processo legislativo de emendas constitucionais, limitado por cláusulas pétreas, que consagram valores básicos do momento constitucional fundador, justificando-se uma tutela jurisdicional mais intensa no caso de propostas de emenda constitucional mas não no de projetos de leis, os quais poderia ser examinados ao fim do trâmite legislativo. O terceiro argumento foi no sentido de que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não comporta a intervenção



judicial preventiva, salvo nas hipóteses restritíssimas de vício procedimental e propostas de emenda constitucional que violem cláusulas pétreas. No quarto argumento sustentou que, conquanto o STF já tivesse decidido na ADI 4.430 de modo diferente do Projeto de Lei em questão, o efeito vinculante restaria limitado à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário, não alcançando o Poder Legislativo.

Por outro lado, por mais que o STF discordasse, quanto à matéria de fundo, do Congresso, uma intervenção jurisdicional precoce suplantaria o debate parlamentar, o qual seria capaz, inclusive, de eventualmente alterar o entendimento do Poder Judiciário, conforme a teoria dos diálogos institucionais (BRASIL, 2013a, p. 195-196).

A tais razões, o Ministro Fux ainda acrescentou duas de índole “prescritiva” (pragmática). Eventual concessão da ordem incentivaria o aumento excessivo da judicialização do processo legislativo. Ademais, o Poder Judiciário não poderia podar as discussões legislativas, mas sim agir com deferência ao Parlamento, “sob pena de um paternalismo judicial ou, para utilizar uma expressão bastante em voga, uma supremocracia” (BRASIL, 2013a, p. 197-198).

Como dito, aderiu aos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli o Ministro Celso de Mello. E, anuindo aos Ministros Zavascki e Fux, posicionaram-se os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Rosa Weber e Joaquim Barbosa. Tendo em vista o resultado da votação (sete a três), o *writ* foi conhecido, mas a segurança denegada, ficando o Acórdão assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE.

1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não.

2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança.

3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela



Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico.

4. Mandado de segurança indeferido (BRASIL, 2013a, p. 1-2).

O próximo tópico analisará as linhas argumentativas traçadas na decisão, sob a ótica procedimentalista de Constituição e de jurisdição constitucional.

4 A FUNDAMENTAÇÃO DO MS 32.033 AOS OLHOS DO PROCEDIMENTALISMO DISCURSIVO

Como visto, o procedimentalismo propugna um papel para a jurisdição constitucional que se situa em um delicado equilíbrio entre uma postura ativa para a garantia do jogo político-democrático e a autocontenção com vistas à não-invasão da competência do Legislador, o qual tem maior liberdade de dispor de diferentes razões nos processos de elaboração normativa. Por outro lado, em razão do princípio da democracia, quanto maior for o número de atingidos por alguma norma, tanto maior deve ser a sua participação no respectivo processo de sua criação, o qual deve ser pautado pela igualdade de chances de contribuição e contestação pelos interessados.

Por isso, mesmo que a jurisdição constitucional se valha de instrumentos que incrementem a participação democrática em suas deliberações, eles não têm o condão de substituir o aparato próprio do Legislativo, mais aberto aos impulsos advindos das esferas públicas e, portanto, do próprio poder comunicativo dos cidadãos. Em condições “normais” do processo político, mais adequada é uma menor intervenção da jurisdição constitucional em decisões parlamentares.

No que concerne à indicação de quais seriam as condições de normalidade democrática, Waldron (2006, p. 1.360) aponta que um sistema político em funcionamento regular não é necessariamente “perfeito”, possuindo quatro características básicas: instituições democráticas funcionando razoavelmente bem, incluindo representantes eleitos pelo sufrágio universal adulto; um conjunto de instituições judiciais também em bom funcionamento, estruturadas de forma não-representativa para dirimir demandas judiciais individuais, resolver disputas e assegurar o Império da Lei; um compromisso da maior parte dos membros da sociedade e da maioria de agentes públicos com direitos individuais e das minorias; a existência de um desacordo substancial permanente, porém razoável e de boa-fé, acerca do conteúdo desses direitos.

Na corrente concessória da segurança, o voto do Ministro Gilmar Mendes, apesar de invocar um autor procedimentalista, ingressou em juízo de crítica à atuação do Legislador, não apenas sob o ponto de vista do processo legislativo em si (análise processual), mas também quanto ao



conteúdo da deliberação parlamentar (análise material).

Quanto ao primeiro aspecto (processual), sustentou que houve um desvio de finalidade legislativo, mas não apontou elementos de fato comprobatórios de tal assertiva. Embora tenha afirmado que o processo legislativo teria tramitado de forma açodada, o Ministro se limitou a fazer referências às datas de início do trâmite e do pedido de urgência. Mas, afinal, o que caracterizaria tal açodamento? Houve a comprovação, de fato, de um trâmite apressado? O que, de fato, corroboraria tal assertiva?

Note-se, primeiramente, que o Supremo Tribunal Federal não possui um critério estrito para definir os limites da velocidade na apreciação de propostas legislativas. Inclusive, já havia deliberado na ADI 4.425, que analisou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 62, não haver na Constituição Federal uma disciplina do intervalo mínimo entre os turnos de apreciação de propostas de emendas constitucionais (BRASIL, 2013b).

Foi nesse sentido, inclusive, o voto do Ministro Gilmar Mendes na sessão de 06 de março de 2013:

Acredito, também, que essa norma quer que haja um espaço de reflexão no âmbito do Congresso Nacional. Mas, como disse o Ministro Fux, a própria ausência de disciplina normativa a propósito significa confiar ao Congresso Nacional as escolhas quanto à maior ou menor intensidade deste espaço de reflexão (BRASIL, 2013b, p. 133).

Assim, ao menos à primeira vista, não se justificaria a invasão na seara do Poder Legislativo quanto à conveniência da apreciação do Projeto de Lei, diante da inexistência de disciplina normativa até mesmo para a velocidade de deliberação de propostas de emenda constitucional.

Abstratamente, ou seja, sem elementos de fato, somente seria possível considerar “apressada” a deliberação caso houvesse um parâmetro normativo de tempo mínimo de trâmite legislativo, não se podendo simplesmente projetar psicologicamente o Poder Legislativo como um ente pessoalizado, que tivesse que “refletir”, tal como uma pessoa singular, a respeito de suas escolhas. Em verdade, “o” Legislador é a ponta de uma rede comunicativa de diversos discursos e negociações estratégicas do campo político e das esferas públicas. A alusão ao açodamento não prescinde de uma referência à (in)existência de debates no Legislativo e na própria sociedade civil.

No tocante à análise do conteúdo (aspecto material) do Projeto, o Ministro Gilmar Mendes falou genericamente de um suposto desvio de finalidade, por ter o Congresso Nacional contrariado o conteúdo da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.430. A esse respeito, é interessante notar que, no bojo da ADI 5.105, a qual posteriormente apreciou a constitucionalidade da Lei resultante do PLC 14/2013 sob o prisma material, destacou o Ministro Edson Fachin (o qual votou pela constitucionalidade da norma) que o conteúdo desse Projeto não é exatamente o mesmo da legislação nulificada na ADI 4.430, pois ele não vedava peremptoriamente o acesso de partidos criados entre eleições aos recursos do Fundo Partidário e do tempo de propaganda eleitoral, mas apenas restringia tal acesso a uma proporção menor (5% do Fundo Partidário e 1/3 do tempo de propaganda eleitoral) (BRASIL, 2015, p. 78-79).

Em acréscimo, nos debates, a fim de defender a indistinção entre proposta de emenda constitucional e projeto de lei para fins do exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade preventivo, o Ministro Gilmar Mendes fez menção ao argumento da “tirania



da maioria”, no sentido de que seria muito mais fácil a uma maioria parlamentar tirânica aprovar uma lei inconstitucional do que uma emenda à constituição: “É só lembrar um exemplo histórico: Hitler só não modificou a Constituição de Weimar, fez por lei. A rigor, é disto que se cuida: é mais fácil fazer uma aberração por lei do que por emenda constitucional” (BRASIL, 2013a, p. 161).

No entanto, a definição de estar-se vivendo ou não em um estado de anormalidade democrática deve ser passível de, no mínimo, uma comprovação mais robusta do que meras conjecturas. A formação de maiorias e minorias é comum na Política e, desde que não alije sistematicamente determinados grupos minoritários cujos direitos estejam em jogo (*topical minorities*), não há que se cogitar *prima facie* de situação de anormalidade no jogo democrático (WALDRON, 2006, p. 1.398).

Uma conclusão em sentido contrário demandaria um maior ônus argumentativo, do qual o Ministro não se desincumbiu, valendo as mesmas observações para o voto do Ministro Dias Toffoli.

Por outro lado, independentemente da corrente, percebe-se que o STF tenta, de modo geral, legitimar a sua supremacia sobre o Parlamento, encarando a restrição da intervenção jurisdicional no processo legislativo como uma exceção aos seus poderes, até mesmo para afastar uma atribuição de caráter político às suas decisões. Isso pode ser visto no voto do Ministro Teori Zavascki, o qual, apesar de defender uma posição mais comedida no tocante aos limites da intervenção jurisdicional, se baseia em ideais de blindagem da Corte Suprema contra questões imbuídas de “paixões políticas”, sendo este o principal motivo para que o Tribunal não ingresse nas discussões do processo legislativo (BRASIL, 2013a, p. 146).

Todavia, essa alusão a um caráter “técnico” das decisões da Corte, em contraposição ao “político” do Legislativo, é também uma estratégia política da própria Corte para legitimar a si mesma:

A legitimação pelo discurso, a representação argumentativa, ganha relevo por essa associação de “racionalidade” com defesa da Constituição, mas ela se mostra altamente criticável quando se constata que: 1) empiricamente, não se verifica bem essa tão alardeada defesa da Constituição pela corte constitucional; 2) a racionalidade defendida nesse procedimento é decorrente de uma crença cartesiana de que método produz racionalidade e é coincidente, em grande medida, com a lógica discursiva do próprio parlamento, pois se torna fortemente política (BENVINDO, 2014, p. 90).

A “naturalização” da concepção da supremacia jurisdicional em contraposição ao caráter político atécnico do Parlamento também transparece na fala do Ministro Dias Toffoli durante os debates. Com efeito, o Ministro demonstrou desconfiança para com os trabalhos parlamentares, defendendo que o Legislativo estaria intencionalmente a afastar a autoridade do Supremo Tribunal Federal: “esse projeto de lei já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e é, na prática, uma rescisória da Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgada por essa Suprema Corte, de nº 4.430” (BRASIL, 2013a, p. 161).

Tal linha de pensamento foi parcialmente contrariada pelo Ministro Luiz Fux, no sentido de que a própria Constituição Federal não determina a vinculação do Legislador as decisões de controle de constitucionalidade do STF, asseverando, inclusive, que “o Supremo não deve ter um



monopólio da interpretação constitucional, que também deve ser concretizada pelos demais agentes políticos” (BRASIL, 2013a, p. 165).

Posteriormente, na ADI 5.105, o Ministro Fux desenvolveria melhor a sua tese, porém ressaltando que a nova legislação ordinária contrária ao entendimento do STF já nasceria com “presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima” (BRASIL, 2015, p. 30).

A respeito do ponto fulcral dos argumentos da corrente que prevaleceu, não se pôs em xeque a possibilidade do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, mas apenas a sua extensão, permeando-se a interpretação dos artigos 60, §4º, e 102, *caput*, e I, *d*, da Constituição Federal, pelos próprios precedentes da Corte.

A partir desses dispositivos, o STF extraiu a possibilidade de intervenção no processo legislativo, tanto sob o prisma formal, para assegurar o devido processo legislativo, quanto pelo ângulo material, a fim de obstar proposta de emenda constitucional contrária às cláusulas pétreas.

Quanto ao controle material, cabe um contraponto, no sentido de que tal interpretação não pode ser tida como “óbvia”, e sim como o resultado de uma construção argumentativa, reforçada pela tradição dos precedentes da Corte invocados no julgamento. Quando se observa o teor do §4 do artigo 60 da Constituição, este dispõe simplesmente que não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional que ofenda as cláusulas pétreas -não indicando quem seria competente para obstar o seu trâmite. A partir desse ponto, a atribuição dessa tarefa ao STF resulta de uma construção interpretativa que não é puramente semântica, mas articulada discursivamente.

De qualquer forma, a proposta da corrente vencida, de ampliar o controle material para abarcar também projetos de Lei, seria um salto ainda maior e sem a chancela de precedentes, pois, de fato, como levantado no voto do Ministro Luiz Fux, o STF nunca possuiu entendimento sedimentado nesse sentido.

Veja-se que, da mesma forma que ao STF compete a “guarda da Constituição” (*caput* do artigo 102), compete “privativamente” ao Presidente da República o veto a projetos de lei (artigo 84, V), e ao Congresso Nacional “dispor” sobre as matérias de sua competência, bem como “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes” (artigos 48, *caput*, e 49, XI).

Uma compreensão procedimentalista desses dispositivos depõe em favor da atribuição ao Executivo e ao Legislativo do controle preventivo da constitucionalidade de projetos de lei e de espécies normativas equivalentes, até mesmo para evitar uma imobilização do sistema político, a qual impediria o debate de novos interesses e a emergência e concorrência de novos valores advindos da sociedade, obstando a renovação da ordem jurídica a partir dos impulsos da esfera pública.

Se o controle judicial de propostas de emenda constitucional se justificaria pela possibilidade de desarticulação direta das disposições constitucionais, o mesmo não poderia ser dito de espécies legislativas menores, impugnáveis pelos mecanismos normais de controle de constitucionalidade.

Caso o Judiciário pudesse intervir ainda durante os processos de deliberação parlamentar, haveria o sério risco da imposição de visões do Tribunal sobre aquelas dos diversos grupos políticos, ou mesmo da assunção, pela Corte, de um papel paternalista, que impede inclusive o amadurecimento do debate público.

Também não se pode dizer que o STF teria o poder de fazê-lo por ser o “guardião” da Constituição. Esta deve ser compreendida sob um prisma temporal, no sentido de ser uma estrutura básica regulatória de processos comunicativos, não “impondo” um modo de vida às



peças, mas “possibilitando” a convivência entre os diferentes modos de viver, sendo ela própria passível de novas compreensões pelos sujeitos sociais¹¹.

Isso faz com que a Suprema Corte, embora tenha a força da última decisão momentânea¹², não possua a exclusividade de fixar o sentido da Constituição. A esse respeito, é pertinente a observação de Häberle (1997, p. 15):

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”.

Dessa forma, uma excessiva intervenção no andamento do processo legislativo seria danosa à própria democracia, em razão do impedimento da gênese de novas compreensões da ordem jurídica, tanto no plano temporal (transformações sociais com a sucessão de gerações) quanto político (alterações nos jogos de forças entre grupos sociais, com a alternância de visões hegemônicas no processo legislativo).

No tocante ao aspecto formal, qual seja, o resguardo do procedimento legislativo previsto constitucionalmente, uma concepção procedimentalista condiz com a decisão da Corte, pois, como visto acima, uma das funções precípua do Tribunal é a garantia das “regras” básicas do processo democrático estabelecidas na Constituição.

Nesse sentido, é importante destacar que não se trata do mero resguardo do direito subjetivo do parlamentar em participar de um processo legislativo inconstitucional sob o ponto de vista material, como aponta a autocompreensão do STF, e sim da conformidade com o procedimento básico estabelecido pela Constituição.

5 CONCLUSÃO

Sob o prisma da racionalidade comunicativa, a legitimidade do Direito é um processo contínuo de participação dos cidadãos na formação de processos comunicativos difusos no seio social, desde esferas públicas informais e periféricas até o centro do sistema político institucionalizado. Essa circularidade é possível pela existência de direitos fundamentais que asseguram a autonomia política (pública e privada) dos cidadãos, que, na condição de afetados pelas leis e pela burocracia, devem influenciar a própria formação da legislação e da vontade estatal.

¹¹ Relevante é a exposição de Oliveira (2006, p. 162): “Como vimos, com base no paradigma do Estado Democrático de Direito, a Constituição não pode mais ser vista como a imposição de uma única forma de vida concreta à sociedade, como, por exemplo, tantas vezes já se compreendeu a expressão “justiça social”, sob o paradigma do Estado de Bem-Estar Social, se se reconhece a pluralidade cultural e de vida das sociedades complexas atuais”.

¹² Deve-se lembrar que a “última palavra”, sob o prisma temporal, é sempre provisória, pois deflagra reações dos outros Poderes e da própria sociedade, inclusive em sentido contrário ao que fora decidido. Para Mendes, é recomendável alterar o foco do debate acerca de quem formalmente detém a última palavra, para compreender que as relações deliberativas entre os Poderes é um fluxo contínuo: “It is necessary to envision the apex of the decisional process together with the fact that the political struggle is doomed to keep on going, and that new acts may be able to challenge the supremacy, according to certain contexts, of whatever institution” (MENDES, 2011, p 14).



Nesse contexto, a Constituição é compreendida não como a imposição de uma determinada forma de vida à sociedade (que, em tempos modernos, é marcada pela pluralidade de visões de mundo, interesses e éticas particulares), e sim como a regulação básica dos processos comunicativos sociais, instituindo um conjunto de direitos fundamentais e mecanismos institucionais de participação política direta e indireta.

Por outro lado, a legitimidade do Legislador e da jurisdição constitucional é compreendida como a liberdade em manusear as razões advindas do espaço público: aquele capta os diversos discursos ético-políticos, pragmáticos, morais e jurídicos das esferas públicas, além de interesses negociados, para interpretar e desenvolver a ordem jurídica a partir de um leque amplo de possibilidades; já a segunda faz uso dessas mesmas razões, mas na medida em que já estabelecidas pelo Legislador e com a prevalência de argumentos atrelados às normas vigentes.

Isso significa que, via de regra, não deve a jurisdição constitucional se sobrepor às escolhas legislativas. A sua função precípua é assegurar a observância das regras do processo democrático, com vistas à preservação da autonomia pública e privada dos cidadãos. Para tanto, não é seu papel direcionar a Política ou a Administração, mas garantir a aplicação do sistema de direitos e dos procedimentos de formação legítima do Direito.

Por isso, as possibilidades do Tribunal Constitucional de ingresso em discussões contenciosas a respeito da validade de leis é limitada pela possibilidade de assim o fazer a partir da reconstrução de princípios jurídicos voltada à garantia do próprio processo democrático, e não para substituir valores, fins ou interesses articulados pelo Legislador.

Portanto, o lugar do Tribunal se situa em um delicado equilíbrio entre uma autocontenção que não pode deixar de efetivar direitos e uma postura ativa no asseguramento do processo democrático, mas sem incorrer em um ativismo com pretensões direcionadoras da Política.

No bojo do Mandado de Segurança n.º 32.033, o STF discutiu os limites do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, ou seja, a intervenção judicial durante o trâmite do processo legislativo, formando-se duas linhas de entendimento: a primeira defendeu a possibilidade de controle tanto formal (referente aos procedimentos) quanto material de propostas legislativas em geral; já a segunda, vencedora, restringiu o controle material apenas a propostas de emenda constitucional.

Para a visão procedimentalista, a primeira corrente excedeu os limites considerados legítimos da intervenção do Supremo Tribunal Federal no trâmite legislativo. Isso porque a excessiva judicialização aumentaria os riscos da jurisdição constitucional de sufocar a circulação de razões da esfera pública para o Legislativo, sobrepondo-se as visões do STF sobre outras igualmente válidas, mas incompatíveis com a do Tribunal.

Assim sendo, muito embora subsista a necessidade de contínua discussão para o delineamento mais aprofundado dos limites da intervenção judicial durante o processo legislativo, a sua limitação aos casos de violação das regras do processo legislativo e de propostas de emenda constitucional contrárias a cláusulas pétreas é mais condizente com um papel da jurisdição constitucional de preservação do processo democrático sem uma excessiva judicialização da Política.

REFERÊNCIAS

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação**

Legislativa. Brasília, DF, 51, n. 201, jan./mar. 2014, p. 71-95. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502953>>. Acesso em: 28 abr 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 01 de outubro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 04 jun 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 32.033. Rel. Min. Gilmar Mendes. Rel. para o Acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, 20 de junho de 2013a. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: 04 jun 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.425. Rel. Min. Ayres Britto. Rel. para o Acórdão Min. Luiz Fux, Brasília, 14 de março de 2013b. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>>. Acesso em: 04 jun 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.430. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 29 de junho de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543766>>. Acesso em: 15 jul 2018.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2 ed. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c.

_____. **Teoría de la acción comunicativa**: racionalidad de la acción y racionalización social. 2 ed. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. v. 1. Madrid: Taurus, 1999.



_____. **Teoría de la acción comunicativa**: crítica de la razón funcionalista. Tradução de Manuel Jiménez Redondo.v. 2. Madrid: Taurus, 1992.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da Sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 3, n. 58, novembro de 2000. Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/produto/edicao-58/>>. Acesso em 25 fev 2018.

MENDES, Conrado Hübner. Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers 3. **Legisprudence**, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 1-40, jun. 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911852>. Acesso em 11 jul. 2019.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia**: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____.**Devido processo legislativo**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**. New Haven, v. 115, p. 1347-1406, 2006. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em: 28 abr 2017.

