

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ISAAC KOFI MEDEIROS

**CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE: A
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

**Florianópolis
2017**

ISAAC KOFI MEDEIROS

**CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE: A
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de
Oliveira**

Florianópolis

2017

Agradecimentos

“It is good to have an end to journey toward, but it is the journey that matters in the end” (Ursula K. Le Guin).

Agradeço às três escolas que constituíram minha graduação: o Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, o movimento estudantil e o escritório de advocacia Menezes Niebuhr. A cada uma das três devo uma parte de mim forjada nestes últimos 5 anos. Agradeço aos amigos Leonardo Ulisses Moraes e Arthur Bobsin, amigos de sala e da vida. O agradecimento estende-se à Leonardo Bruno Pereira de Moraes, Gustavo Matiola e Ruy Tadeu, eternos veteranos. Merecem todo o carinho, em retorno, as amigas Renata Caroline da Silva, Jéssica Chaves e Laísa Santos, esta última não só pelo espírito de parceria criado, mas notadamente por salvar a dupla 2203 do EMAJ. Agradeço saudosamente aos amigos de gestões do DCE da UFSC e do movimento estudantil como um todo. São muitos, mas presto especial homenagem à Eduardo Bonifácio de Sena, Eduardo Soares de Lara, Esther Monzu, André Carvalho, Mateus Costa, Maria de Fátima Capela e Lucas Sulzbacher, além de outros já mencionados acima. Aproveito e agradeço aos amigos Mateus Weber, Carina Vitral e Yuri Becker, por tudo que representaram. Da mesma forma, registro meu enorme apreço e consideração pelos colegas, ora amigos, da antiga gestão Nova Estação do Centro Acadêmico XI de Fevereiro, por todo o trabalho que desenvolveram. Uma eleição daquela a gente nunca esquece. Agradeço ao mestre Cláudio Ladeira, grande orientador e testemunha das aflições acadêmicas que permearam este trabalho. Agradeço imensamente aos amigos mais antigos, pois andei sumido: Gustavo Bitencourt, Ivan Mattos, Leonardo Bagni de Oliveira e até o Lucas Miranda, que nem tão antigo é.

Por fim, agradeço à minha família, de sangue e de coração, por todo apoio e carinho dado, em nome de minha mãe Angela, meu pai Benjamin, meu irmão e melhor amigo Leonardo, minha vó Dilma, meu sobrinho Vicente, Júlio, Raquel, Pedro, Rozilda e Letícia.

“As normas podem ser copiadas de uma Constituição para outra – nos textos, o presidencialismo latino-americano pouco difere do norte-americano, os direitos do cidadão francês não são maiores que as liberdades do argelino – mas os pressupostos e as condições que as fazem respeitadas ou ignoradas, cumpridas ou inaplicadas, não. Por isso, se o jurista-intérprete contentar-se com a exegese das normas, estará a comprazer-se com a descrição de castelos no ar, tarefa talvez poética, jamais científica.”

Manoel Gonçalves de Ferreira Filho

Resumo

MEDEIROS, Isaac Kofi. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Constitucional) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

O Supremo Tribunal Federal vem consolidando uma jurisprudência deferente ao controle preventivo de constitucionalidade realizado pela própria Corte. Este instrumento, em síntese, confere condições para que seja judicializado o processo legislativo. Traduz-se num controle de constitucionalidade de normas em curso de formação. Os contornos desse entendimento ainda não estão plenamente definidos, pois que em meio a esta deferência há uma série de pormenores, de ordem jurídica e política, que exigem maior reflexão da jurisprudência e da doutrina quanto a sua exatidão, principalmente por não haver no ordenamento jurídico um detalhamento do modo de operacionalizar esse tipo de controle e por suscitar debates atinentes à separação dos Poderes. Neste contexto, é notório o crescente prestígio que o Supremo Tribunal Federal vem ganhando na condição de protagonista na paisagem institucional brasileira. Não foram poucas as decisões que alçaram a Corte às manchetes dos jornais do País nos últimos anos, nomeadamente aquelas que desataram nós de controvérsias historicamente atravancadas no Congresso Nacional. A este fenômeno dá-se o nome de judicialização da política. Este trabalho, portanto, pretende examinar a interface entre estes dois conceitos, sob uma análise da teoria constitucional que congregue, também, determinantes políticos, como maneira de melhor apurar o objeto estudado.

Palavras Chave: Teoria Constitucional; Ciência Política; Controle Preventivo de Constitucionalidade; Judicialização da Política.

ABSTRACT

The Federal Supreme Court has been consolidating an jurisprudence deferent to the preventive judicial review, practiced by the Court itself. This tool, in short, gives conditions to the judicialization of the legislative process. It is translated in a control of constitutionality of rules in course of formation. The outline of this understanding aren't still fully defined, because in between of this deference there is a series of details, of legal and political nature, that demands bigger reflections from the jurisprudence and the legal doctrine regarding its accuracy, mostly for not existing in the legal order a detailing about the procedure of this control and because evokes a debate concerning the separation of Powers. In this context, it is public the on-growing prestige that Federal Supreme Court has been acquiring as a protagonist in the brazilian institutional landscape. It weren't a few the rulings that lifted the Court to the headlines of the Country's newspapers, specially those who untied knots in controversies historically jammed in te National Congress. This event it's called judicialization of politics. This work, therefore, intends to examine the interface between these two concepts, under an constitutional theory's analysis that congregates, also, political factors, as a way to better investigate the studied object.

Keywords: Constitutional Theory; Political Science; Preventive Judicial Review; Judicialization of politics.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	9
2	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS E MODALIDADE PREVENTIVA JURISDICIONAL	12
2.1	Conceito	12
2.2	Marcos históricos	15
2.2.1	Marbury v. Madison	15
2.2.2	Hans Kelsen e o modelo austríaco	18
2.2.3	Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade no Brasil	19
2.2.3.1	Constituição Imperial (1824)	19
2.2.3.2	República Velha (1891)	19
2.2.3.3	Início da Era Vargas (1934)	19
2.2.3.4	Constituição Polaca (1937)	20
2.2.3.5	Nova República (1946)	21
2.2.3.6	Ditadura militar (1967/1969)	22
2.2.3.7	Constituição de 1988	22
2.3	Modelos	23
2.3.1	Quanto ao órgão que exerce o controle	23
2.3.2	Quanto ao órgão judicial que exerce o controle	25
2.3.3	Quanto ao momento em que o controle é exercido	27
2.3.4	Quanto ao modo de controle judicial	28
2.4	O controle preventivo de constitucionalidade jurisdicional	29
2.4.1	A experiência francesa	29
2.4.2	O modelo brasileiro	31
2.4.2.1	Violação ao § 4º, art. 60 da Constituição	33
2.4.2.2	Violação às regras constitucionais do processo legislativo	36
2.4.2.3	Violação ao Regimento Interno e a questão interna corporis	37
3	JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	40
3.1	Conceito e noções introdutórias	40
3.2	Constitucionalismo e democracia	43
3.3	A diversidade de causas da judicialização da política	46
3.4	Constitucionalismo abrangente, neo constitucionalismo e a prevalência do discurso dos direitos fundamentais	47
3.5	Crise de representatividade e legitimidade do Poder Legislativo	49
3.6	Anuência de atores políticos	51
3.7	Competitividade eleitoral e perda de poder político	52
3.8	Especificidades brasileiras	53
3.8.1	Direitos fundamentais na Constituição de 1988	53
3.8.2	O fortalecimento do Supremo Tribunal Federal a partir da redemocratização	55
3.8.3	Desenho institucional: a amplitude do sistema de controle de constitucionalidade	59
3.8.4	O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e interesses corporativistas	60
3.9	Ativismo Judicial e judicialização	62
4	PERSPECTIVA CRÍTICA: CONTROLE PREVENTIVO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	65
4.1	LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E SEPARAÇÃO DOS PODERES	65
4.2	A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	71
4.3	ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	77
4.3.1	Mandado de Segurança nº 24.138/DF	77

4.3.2	Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 34.530/DF	81
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
6	REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

Diariamente a mídia brasileira traz informações a respeito do Supremo Tribunal Federal na condição de protagonista de determinado episódio nacional, especialmente no momento do noticiário político. Não se fala mais em Brasília sem se falar no Supremo. Este aumento exponencial das capacidades do Poder Judiciário encontra eco em nível internacional, no que pode-se cogitar de estar vivendo atualmente na era do Judiciário, em contraposição aos anos de ouro da supremacia parlamentar e aos regimes absolutistas dos séculos passados.

Historicamente, este fenômeno ganha dimensão global significativamente a partir de 1945 com o término da Segunda Guerra Mundial, em que a comunidade internacional passa a internalizar um discurso de valorização dos direitos fundamentais e a positivá-los na redação constitucional dos Estados nacionais, de sorte a viabilizar a transformação deste núcleo de direitos em pretensões jurídicas que, processualmente instrumentalizadas, transferem ao Poder Judiciário a decisão sobre questões relevantes de ordem moral, política, social e econômica.

Neste contexto, figura como uma manifestação específica deste fenômeno a judicialização da política, que comporta justamente a noção de transferir ao Poder Judiciário pautas tradicionalmente reservadas ao Parlamento. Ocorre que não somente estes fatores influenciam para a judicialização. Uma nova linha de pensamento da teoria constitucional vem trazendo elementos da Ciência Política para compreender o envolvimento judicial na política pura, levando em consideração determinantes políticos para além da esfera judicial.

No Brasil não se enxerga fenômeno diferente. Atualmente o Supremo Tribunal Federal possui grande credibilidade perante o povo brasileiro, por uma série de razões, algumas propiciadas pela própria judicialização da política, na medida em que o Congresso Nacional tem sido pouco estimado por aqueles que representa.

Em meio a este quadro, o Supremo vem desenvolvendo uma jurisprudência continuamente receptiva à apreciação jurisdicional de aspectos

políticos controvertidos, relacionados por vezes ao próprio processo legislativo federal e às contendas políticas travadas entre maiorias e minorias no Congresso Nacional. Tais questões, de tempos para cá, vem sendo decididas em meio ao controle preventivo de constitucionalidade exercido pelo Supremo.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 prevê um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, realizado pela via difusa e concentrada, também conhecida como norte-americana e europeia, respectivamente. Dentro as ações previstas neste sistema, não é contemplado um sistema preventivo jurisdicional de controle de constitucionalidade, isto é, algum tipo de mecanismo judicial que contemple a prerrogativa dos tribunais a pronunciarem-se acerca da constitucionalidade de determinada matéria legislativa, ou de seu processamento, antes mesmo da aprovação final do texto do pelo Parlamento.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo, excepcionalmente, exatamente este tipo de controle com base em interpretações dos dispositivos constitucionais, de modo que passa a ampliar sobremaneira sua competência para apreciar questões de ordem eminentemente política, colocando em evidência debates controvertidos – e inesgotáveis - atinentes à teoria constitucional e à ciência política, como quanto a legitimidade democrática, a separação de poderes e a dificuldade contramajoritária.

Nesta quadra histórica, faz-se necessário refletir sobre as estruturas constitucionais em que assenta-se a democracia brasileira, nomeadamente no que diz respeito ao crescente desprestígio das arenas majoritárias de deliberação, em detrimento da política democrática, ao passo que cresce substancialmente a crença no governo do Poder Judiciário.

O Capítulo I deste trabalho propõe um exame geral do controle de constitucionalidade, e, em especial, na sua feição preventiva exercida pelo Supremo Tribunal Federal, cotejando tais noções com a evolução da jurisprudência do Tribunal a respeito desse mecanismo.

O Capítulo II lança bases para uma discussão sobre a judicialização da política enquanto fenômeno global e enquanto realidade brasileira. Para tanto, lança mão de ângulos costumeiramente citados pela

teoria constitucional enquanto justificativas suficientes a explicar a judicialização. Sem embargo, este capítulo também traz uma abordagem mais realista do direito constitucional a nível da política aplicada, no que combina com as demais explicações com justificativas atinentes ao âmbito político.

O Capítulo III, por fim, pretende evidenciar a interface entre estes dois conceitos, controle preventivo de constitucionalidade e judicialização da política, e a forma que interagem entre si.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS E MODALIDADE PREVENTIVA JURISDICIONAL

O estudo do controle de constitucionalidade é, seguramente, indispensável ao Direito Constitucional, tanto pela sua razão e evolução histórica quanto pela função que desempenha atualmente nas democracias constitucionais. O instituto é, em última análise, a garantia da preservação das constituições como nós as conhecemos: hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico e dotada de força normativa.

No entanto, a maior parcela da doutrina debruça-se sobre os modelos mais comuns de controle de constitucionalidade, nomeadamente em sua feição repressiva e exercida por órgão jurisdicional, haja vista que a maior incidência deste tipo de controle exige uma atenção especial a repercussão proporcionada pelo instituto.

Dessa sorte, passa quase que despercebida a contínua deferência à evolução do controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional no Brasil, modalidade não prevista pela Constituição, mas que, sem embargo, gradativamente vem sendo contemplada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de segurança impetrado por parlamentar.

Neste sentido, este primeiro capítulo propõe uma análise ampla do controle de constitucionalidade, em termos históricos e conceituais, até chegar nas particularidades do controle preventivo jurisdicional, visitando desde a experiência francesa à alguns exemplos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2.1 Conceito

A noção mais básica de controle de constitucionalidade está associada à ideia de supremacia constitucional, pois expressa uma relação de conformidade entre o conteúdo do ordenamento infraconstitucional perante uma norma hierarquicamente superior a todas as demais. Designa também uma relação de coerência e harmonia entre a Constituição e a norma a vir a ser posta pelo próprio processo legislativo, no que é admitido o

controle de constitucionalidade preventivo em determinados sistemas constitucionais.

Não obstante, a rigidez constitucional igualmente distingue-se como pressuposto lógico do controle constitucional, haja vista que para figurar como parâmetro de constitucionalidade, o texto da Constituição diferencia-se pela complexidade do seu processo de alteração, em comparação à legislação ordinária. Trocando-se em miúdos, o processo de mutação constitucional costuma ser mais dificultoso, pois em caso contrário “inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle” (BARROSO, 2016, p. 24).

Neste sentido, tem-se que o controle de constitucionalidade assenta-se logicamente sob a ideia de supremacia e rigidez constitucional.

Para Bonavides

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. (BONAVIDES, 2005, p. 296)

Em entendimento similar, descreve Barroso que:

Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A *supremacia da Constituição* revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonado em diferentes níveis.

(...)

A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. (BARROSO, 2016, p. 23)

Neste plano, importa registrar também o posicionamento doutrinário que incorpora à razão de ser do controle de constitucionalidade a defesa dos direitos e garantias fundamentais expressos no texto constitucional. Perfilham deste entendimento Luís Roberto Barroso e Dalmo de Abreu Dallari:

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados

pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas. (BARROSO, 2016, p. 24)

Por um conjunto de circunstâncias, a supremacia da Constituição é hoje reconhecida como requisito indispensável para a existência do Estado Democrático de Direito e isso torna absolutamente necessário o controle de constitucionalidade de todos os atos que tenham alguma repercussão no mundo jurídico, para que prevaleça sempre o que dispõe a Constituição, impedindo que se estabeleça uma desordem jurídica. Mas a garantia da superioridade dos princípios e normas constitucionais representa, por sua vez, a a garantia da preservação, do respeito e da efetivação dos direitos fundamentais (DALLARI, 2013, p. 88).

Cabe mencionar, de antemão, que os atos normativos expedidos pelos três Poderes do Estado estão suscetíveis ao controle de constitucionalidade. É plenamente perceptível que atos editados pelo Poder Executivo, através dos agentes da Administração Pública, podem carregar determinada carga de inconstitucionalidade. Igualmente, os atos judiciais também estão sujeitos à vigília constitucional, muito embora a sua revisão se dê pela via recursal prevista no texto da Constituição e na legislação processual. Entretanto, evidente é que o estudo do controle de constitucionalidade direciona maior atenção aos atos emanados pelo Poder Legislativo, por tratarem-se de ações tipicamente normativas, seja por ação ou omissão. Neste sentido, este trabalho propõe uma análise mais detida sobre o controle dos atos normativos advindos da seara legislativa.

Aperfeiçoa o conceito de controle de constitucionalidade a costumeira separação epistemológica realizada pela doutrina e jurisprudência a respeito do que se configura enquanto inconstitucionalidade material e formal, igualmente no que concerne à inconstitucionalidade por ação ou omissão.

Diz-se da inconstitucionalidade formal aquela verificada no curso do procedimento de concepção do ato normativo. É que a norma em si produzida pode revelar perfeita compatibilidade com o texto da Constituição, sem que para tanto o processo pela qual foi submetida tenha observado determinado preceito constitucional afeto à forma. Em outras palavras, a inconstitucionalidade formal traduz-se como “defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípios de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência” (MENDES; GONET BRANCO, 2012, p. 1.108). Por corolário lógico, identifica-se a

inconstitucionalidade material na contradição entre o conteúdo substantivo da norma produzida diante de certa regra ou princípio constitucional.

Relativamente à forma de manifestação, a inconstitucionalidade por ação revela-se enquanto verificação de incompatibilidade vertical de lei ou atos do Poder Público ante o texto constitucional (SILVA, 2012, p. 47). Pressupõe uma ação legislativa, notadamente no sentido inovar no plano jurídico, que conflite com preceito inscrito na Constituição.

De outra ponta, identifica-se a inconstitucionalidade por omissão nas hipóteses de inexistência de produção legislativa que dê seguimento a explícito comando constitucional que determine que assim o faça. Ou seja, trata-se da circunstância em que determinada norma constitucional exige regulamentação superveniente que não fora observada pelo Poder Público; do dever constitucional de legislar a respeito de certa matéria que a Constituição delegou o detalhamento ao legislador infraconstitucional. Eventual vácuo deixado pelo Poder Legislativo, neste contexto, afigura-se enquanto inconstitucionalidade por omissão.

Em conclusão, pode-se conceituar o controle de constitucionalidade enquanto instrumento assegurado da coerência e harmonia de determinado sistema constitucional, consubstanciado na supremacia e rigidez do texto magno e na garantia dos direitos fundamentais, com vistas a repelir atos ou omissões do Poder Público cuja forma de produção ou conteúdo esteja em desconformidade com regras e princípios contidos na Constituição.

2.2 Marcos históricos

2.2.1 Marbury v. Madison

Seguramente um dos precedentes mais emblemáticos do estudo da teoria constitucional moderna, *Marbury v. Madison* é tido como o principal marco na História a respeito do controle de constitucionalidade.

Em breve síntese, trata-se de notável capítulo da história norte-americana datada de 1803 em que, em meio à turbulência no quadro político federal, a Suprema Corte proferiu uma decisão que mudaria a literatura constitucional definitivamente. Controvertia-se a respeito da possibilidade da

Corte expedir o *writ of mandamus* apresentado por William Marbury com base na Lei Judiciária de 1789, destinado a assegurar a investidura do impetrante no cargo de juiz federal pelo qual ele e demais correligionários haviam sido nomeados pelo presidente John Adams no apagar das luzes de sua administração.

Ao tomar posse como novo presidente e contar com maioria parlamentar, Thomas Jefferson, através de seu Secretário de Estado, James Madison, recusava-se a entregar os atos de investidura aos cargos da magistratura nomeados no final da administração de John Adams e, ademais, afirmava que não acataria a determinação da Corte Suprema caso acolhesse o pedido de William Marbury.

O então *chief of justice* da Suprema Corte, John Marshall, que era Secretário de Estado da administração passada e responsável pelos atos de investidura dos juízes federais, proferiu o voto líder do caso em meio à pressão política que tinha na condição de membro de um grupo político ora minoritário.

O voto de John Marshall inicia com três perguntas, nestes termos (UNITED STATES, 1803, tradução nossa):

O requerente tem o direito ao ato de investidura demandado?
Se ele tem esse direito, e esse direito foi violado, as leis do seu país conferem a ele algum remédio?
Se elas de fato conferem a ele algum remédio, seria um *mandamus* expedido por esta corte? ¹

À primeira questão responde que:

Está portanto decidida a opinião da corte, que quando o ato de investidura foi assinado pelo Presidente, a nomeação foi realizada; e que o ato de investidura foi completado quando afixou-se à ele o selo dos Estados Unidos pelo Secretário de Estado.

[...]

Sr. Marbury, então, uma vez que seu ato de investidura foi assinado pelo Presidente e selado pelo Secretário de Estado, foi nomeado; e como a lei que criou o cargo deu ao ocupante o direito de retê-lo por cinco anos independentemente do Executivo, a

¹ 1. Has the applicant a right to the commission he demands? 2. If he has a right, and that right has been violated, do the laws of his country afford him a remedy? 3. If they do afford him a remedy, is it a mandamus issuing from this court?

nomeação não é revogável; mas investida nos direitos legais do ocupante que são protegidas pelas leis desse país.²

À segunda questão, o voto descreve que “tendo esse direito legal ao cargo, ele tem um direito consequente ao ato de investidura; a recusa à entrega é uma clara violação desse direito, pela qual as leis do seu país oferecem-no um remédio”³.

É discorrendo sobre o terceiro ponto que Marshall expõe que a Lei Judiciária de 1789 invadia esfera constitucional ao conferir competência à Suprema Corte para expedir um *writ of mandamus* não previsto na Constituição americana. Assim, lança as bases para o *judicial review*:

É enfaticamente a competência e dever do departamento judicial dizer o que a lei é. Aqueles que aplicam a norma à casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar aquela norma. Se duas normas conflitam entre si, a corte deve decidir sobre a eficácia de ambas. Então se uma lei esteja em oposição à constituição: se as duas leis e a constituição aplicam-se ao caso particular, de forma que a corte deve ou decidir o caso de acordo com a lei, ignorando a constituição; ou de acordo com a constituição, ignorando a lei: a corte deve decidir quais dessas normas conflitantes governa o caso. Essa é a própria essência da atividade judicial.⁴

Percorrendo este raciocínio, Marshall suscita a inconstitucionalidade da norma que assegura a competência da Corte para expedir o *writ of mandamus*. O magistrado defendeu que, embora assistisse razão à William Marbury nos dois primeiros questionamentos, a Lei Judiciária de 1789 havia criado uma hipótese de competência originária da Suprema Corte que exorbitava o texto constitucional. Dessa sorte, Marshall sustentou

² It is therefore decidedly the opinion of the Court that, when a commission has been signed by the President, the appointment is made, and that the commission is complete when the seal of the United States has been affixed to it by the Secretary of State. [...] Mr. Marbury, then, since his commission was signed by the President and sealed by the Secretary of State, was appointed, and as the law creating the office gave the officer a right to hold for five years independent of the Executive, the appointment was not revocable, but vested in the officer legal rights which are protected by the laws of his country.

³ [...] having this legal title to the office, he has a consequent right to the commission, a refusal to deliver which is a plain violation of that right, for which the laws of his country afford him a remedy.

⁴ It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

que uma lei ordinária não poderia inovar e expandir a competência do Tribunal, de maneira que estendesse as disposições constitucionais indevidamente.

Marshall, portanto, denegou o *writ* consubstanciado no reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Judiciária de 1789 e, no transcurso do voto, postulou três grandes enunciados:

Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição. “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição (BARROSO, 2016, p. 30).

2.2.2 Hans Kelsen e o modelo austríaco

Diversamente do modelo seguido pelo desenho constitucional norte-americano iniciado pelo precedente *Marbury v. Madison*, Hans Kelsen propunha um modelo no qual o controle de constitucionalidade fosse realizado por um órgão constitucional dotado especificamente para estes poderes.

Kelsen, neste sentido, dialoga de certa maneira com o modelo francês, que afasta dos juízes a prerrogativa de controle de constitucionalidade. Para o jurista austríaco, o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis não deveria ser prerrogativa conferida ao Poder Judiciário, mas sim a uma instituição concebida para este fim específico, logo, propôs a designação de um órgão com função autônoma, de jurisdição exclusivamente constitucional, para dirimir eventuais questionamentos sobre a constitucionalidade de certo dispositivo legal.

Nessa linha de entendimento, somente o tribunal constitucional teria a prerrogativa de declarar nula determinada norma inconstitucional, sendo vedada à incursão nessa prática por juízes e tribunais não constitucionais. Como consequência, as leis inconstitucionais não implicariam em nulidade, mas tão-somente em anulabilidade, até que o Tribunal

Constitucional pudesse declarar efetivamente a inconstitucionalidade do dispositivo de lei.

O modelo foi adotado na Constituição austríaca de 1920 e inspirou o que se denomina atualmente de modelo concentrado de controle de constitucionalidade, amplamente difundido no continente europeu, que será abordado com maior detalhamento em tópico posterior.

2.2.3 Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade no Brasil

2.2.3.1 Constituição Imperial (1824)

Fruto do seu tempo, a primeira constituição brasileira destinava ao Parlamento o encargo de zelar pela integridade do texto constitucional. Entretanto, não havia então um sistema minimamente sofisticado de controle de constitucionalidade, havendo para tal somente a menção do art. 15, n. 8º e 9º (BRASIL, 1824), que preceituava que caberia ao Poder Legislativo a prerrogativa de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, assim como “velar na guarda da Constituição”.

2.2.3.2 República Velha (1891)

A Constituição de 1891 inagura o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, nomeadamente nos artigos 59 e 60 (BRASIL, 1891), que delegam a competência das justiças da União e dos Estados para pronunciarem-se acerca da invalidade das leis em face da Constituição.

Consolidava-se assim o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro incipiente, por via incidental e difuso.

2.2.3.3 Início da Era Vargas (1934)

Três inovações significativas no sistema de controle de constitucionalidade inseridos pela Constituição de 1934 merecem sobrelevo.

A primeira diz respeito à cisão de competências, distribuídas entre o Supremo Tribunal Federal e o Senado. Este último detinha agora a prerrogativa de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (BRASIL, 1934). Segundo Gilmar Mendes, “a fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficiência geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade” (MENDES; GONET BRANCO, 2012, p. 1.134).

A segunda, e talvez mais radical, mudança promovida pela nova Constituição introduzia o controle de constitucionalidade em meio à decretação de intervenção federal. A representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, consistia no poder do *parquet* em requerer ao Supremo Tribunal Federal o pronunciamento acerca da constitucionalidade de lei interventiva eventualmente expedida pelo Senado.

Também é digna de nota, especialmente neste trabalho, a redação do artigo 68 da Constituição, que impunha limites à noção de inafastabilidade do Poder Judiciário, em conformidade com a doutrina da questão política⁵. O texto ditava que era “vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”.

2.2.3.4 Constituição Polaca (1937)

O Texto Magno do Estado Novo carregou marcas políticas do seu período, nomeadamente no âmbito da flexibilização do controle de constitucionalidade jurisdicional.

É que a nova Constituição trouxe um controvertido mecanismo de revisão do próprio *judicial review* realizado pelo Poder Legislativo, a pedido do Presidente da República quando, a juízo deste, a norma declarada inconstitucional fosse “*necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou*

⁵ Pedro Alessa afirmava que constituem questões políticas “as que se resolvem com faculdades meramente políticas, por meio de poderes exclusivamente políticos, isto é, que não têm como termos correlativos direitos encarnados em pessoas, singulares ou coletivas, sobre que tais poderes se exerçam. Quando a função de um poder, executivo ou legislativo, não corresponde, ou antes, não se opõe a um direito, de uma pessoa, física ou moral, que a ação desse poder interessa, um tal poder pressupõe evidentemente o arbítrio da autoridade em quem reside”. (LESSA, 1915, p. 59).

defesa de interesse nacional de alta monta” (BRASIL, 1937) em flagrante flerte pela margem de discricionariedade concedida pela inserção de conceitos indeterminados no texto constitucional.

Vale sopesar que, *a priori*, o controle político não permitia solavancos inconstitucionais tão facilmente, haja vista que era operacionalizado por regras razoavelmente rígidas, como a necessidade da aprovação bicameral da validade da lei declarada inconstitucional, através de 2/3 dos votos dos parlamentares.

Inobstante, ganhou especial reação judiciária o episódio no qual Getúlio Vargas, mediante o uso de sagaz subterfúgio, editou o Decreto Lei n. 1.564, confirmando a validade de textos de lei declarados inconstitucionais pelo próprio Supremo Tribunal Federal, com fundamento no artigo 180 da Constituição, que preceituava a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de expedir normas de competência da União enquanto não houvesse reunião do Congresso Nacional.

2.2.3.5 Nova República (1946)

A Constituição de 1946 criou alguns mecanismos que, até hoje, assemelham-se as disposições atuais atinentes à jurisdição constitucional.

Por exemplo, o texto dispôs sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para a apreciação dos recursos extraordinários quando a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato. Não obstante, manteve a competência do Senado Federal em suspender de lei declarada inconstitucional pelo Supremo (BRASIL, 1946).

Ganhou novos contornos também a denominada representação interventiva, no que ampliou consideravelmente seu escopo de atuação, agora incidente sobre as hipóteses dos membros da federação violarem a

independência dos poderes, a forma republicana de governo, a autonomia municipal, entre outros princípios elencados pelo texto (art. 8º, parágrafo único, c/c art. 7º, VII).

Já em meio ao regime militar, a Constituição de 1946 sofreu alteração dada pela Emenda Constitucional n. 16/1965, pela qual instituiu-se o controle abstrato de normas federais e estaduais em sede de ação de inconstitucionalidade reservada ao Procurador-Geral e direcionada ao Supremo Tribunal Federal. Para Barroso, “introduzia-se, assim, no direito brasileiro, mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, 2016, p. 46).

2.2.3.6 Ditadura militar (1967/1969)

A Constituição de 1967 não introduziu mudança significativa no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. Houve um aumento no campo de atuação da representação interventiva, para assegurar a observância dos princípios sensíveis e prover a execução da lei federal, entre outras mudanças pontuais (BRASIL, 1967)

A Emenda Constitucional de 1969, por sua vez, instaurou a ação direta em âmbito estadual para que o Estado pudesse intervir no Município, em disposição semelhante à correspondente norma de intervenção federal. A Emenda Constitucional de 1977 incluiu a previsão expressa de possibilidade de o Supremo deferir medida liminar em representação de inconstitucionalidade.

2.2.3.7 Constituição de 1988

A Constituição de 1988, marcadamente, inaugura uma série de inovações relativas ao controle direto e abstrato de constitucionalidade, além de consolidar o sistema misto de fiscalização constitucional brasileiro.

O Texto Magno passa a contemplar mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção, a ação direta de

inconstitucionalidade no plano estadual e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (BRASIL, 1988).

Salta aos olhos também a importância que o constituinte originário deu à ampliação do rol de legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, anteriormente predestinada ao monopólio do Procurador-Geral da República. À luz da Constituição Cidadã figuram entre os legitimados o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Sob este aspecto, assevera Gilmar Ferreira Mendes:

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que ela foi decisiva para alteração introduzida pela constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura de ação direta.

O constituinte assegurou o direito do Procurador-geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade (MENDES, Gilmar, 2012, p. 1155).

Por corolário lógico, a Constituição de 1988 promove um alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada, vista inclusive, para alguns, como um fenômeno inquietante (BARROSO, 2016, p. 90), que, além de apequenar o controle incidental ou difuso, praticamente permite que todas as controvérsias constitucionais de alta relevância sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal.

2.3 Modelos

2.3.1 Quanto ao órgão que exerce o controle

O controle de constitucionalidade incide em duas hipóteses distintas quanto ao órgão que o exerce, podendo afigurar-se como controle judicial e político.

No controle político, de influência francesa, atribui-se ao Poder Legislativo e Executivo o poder especial de analisar a conformidade da norma infraconstitucional perante a Constituição. Pelo Parlamento, esta atividade costuma manifestar-se através da análise de constitucionalidade de projeto de lei realizada pelas Comissões de Constituição e Justiça. Constitui controle político de constitucionalidade do Poder Executivo, sua vez, o poder de veto à matéria legislativa aprovada pelo Parlamento, com fundamento em sua inconstitucionalidade.

Cabe ressaltar que o fato do controle de constitucionalidade ser exercido por órgão político não significa que o procedimento de controle prescindirá de motivação jurídica. Esta condição varia a depender do órgão político que pratica a fiscalização constitucional.

É que, ao menos em tese, as comissões de Constituição e Justiça (e órgãos análogos) das Casas Legislativas devem aprovar ou rejeitar o projeto de lei de acordo com a sua compatibilidade com o texto constitucional. Naturalmente, a composição política do Legislativo tende a dar uma centralidade maior à constituição de maiorias parlamentares, no que a (in)constitucionalidade da matéria pode ser relegada ao segundo plano da deliberação, ou mesmo servir de pretexto retórico para aprovar determinada matéria ou não. Porém, para fins de estudo do controle de constitucionalidade, ao menos neste capítulo, importa a suposição abstrata de que o controle de constitucionalidade parlamentar é realizado em obediência aos parâmetros constitucionais.

Situação peculiar ocorre no caso do veto do Chefe do Poder Executivo, nos termos do texto constitucional brasileiro. O § 1º, artigo 66 da Constituição confere ao Presidente da República a prerrogativa de opor veto à projeto de lei que considere inconstitucional ou contrário ao interesse público, devendo comunicar ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Dessa sorte, nota-se que o controle de constitucionalidade mediante veto presidencial dá-se através da primeira hipótese contida na disposição constitucional, de veto com base na inconstitucionalidade do projeto de lei aprovado, eis que o veto baseado na contrariedade à interesse público não

guarda relação com um cotejo entre norma e Constituição. Trata-se nesse caso, eminentemente, de um juízo político do Chefe do Poder Executivo.

O controle judicial é, evidentemente, exercido por órgão jurisdicional provocado a fazê-lo. É realizado mediante exercício hermenêutico que identifique contradição entre qualquer ato normativo e a Constituição à luz da circunstância trazida ao Poder Judiciário, podendo encerrar eficácia entre as partes ou *erga omnes*. Trata-se do modelo mais comum de controle de constitucionalidade, que se desdobra principalmente nos modelos concentrado e difuso de controle.

2.3.2 Quanto ao órgão judicial que exerce o controle

O controle de constitucionalidade concentrado, também conhecido como austríaco ou europeu, caracteriza-se pela instituição de um ou mais órgãos de jurisdição especializada na resolução de conflitos jurídicos de estatura constitucional. É também denominado de sistema de controle de constitucionalidade europeu ou austríaco, haja vista predominar no Velho Continente e ter sido inicialmente experimentado pela Carta Magna austríaca de 1920. Trata-se de um sistema restrito, inspirado nas convicções kelsenianas de controle constitucional. Neste sentido, J. J. Canotilho descreve que:

A idéia de um controlo de constitucionalidade está ligada ao nome de Hans Kelsen, que o concebeu para ser consagrado na constituição austríaca de 1920 (posteriormente aperfeiçoado na reforma de 1929). A concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controlo constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa (CANOTILHO, 2003, p. 898).

Luís Roberto Barroso explica que a divisão dos diferentes sistemas de controle de constitucionalidade, difuso (americano) e concentrado (europeu), tem razão histórica no fato dos países que seguem a tradição da *common law* os julgados dos tribunais superiores vincularem os demais, de modo que uma decisão da Suprema Corte seria obrigatória para o

restante dos órgãos judiciais, muito embora a questão decidida pudesse versar sobre um litígio específico. Assim continua:

Como essa não era a regra vigente nos sistemas judiciais europeus, optou-se pela criação de um órgão específico – um tribunal constitucional – para o desempenho de competência dessa natureza e alcance. Na perspectiva dos juristas e legisladores europeus, o juiz de constitucionalidade acerca de uma lei não tinha natureza de função judicial, operando o juiz constitucional como legislador negativo, por ter o poder de retirar uma norma do sistema (BARROSO, 2016, p. 71).

No controle difuso (ou americano) é marcante justamente a amplitude que é a entregue ao controle de constitucionalidade, por designar um sistema em que é dado a todos os tribunais a prerrogativa de fazê-lo. Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes, “*o controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional*” (MENDES; GONET BRANCO, 2012, 1.031).

De evidente inspiração nos desdobramentos do precedente norte-americano *Marbury v. Madison*, o controle difuso parte da noção de que a Constituição, embora seja uma lei suprema, guarda conteúdo normativo e é, portanto, passível de interpretação por todo e qualquer juiz de Direito, incluindo-se aí a prerrogativa de negar a “aplicação às normas constitucionais que com ela conflitem” (BARROSO, 2016, p. 69).

O ordenamento jurídico brasileiro designa um sistema misto de controle de constitucionalidade, exercido amplamente pela técnica difusa e concentrada de fiscalização constitucional. Conforme preceitua Gilmar Ferreira Mendes:

nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado (MENDES; GONET BRANCO, 2012, p. 1.100)

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a coordenação constitucional entre o modelo difuso de controle e um variado conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade configura, evidentemente, um sistema de controle misto.

2.3.3 Quanto ao momento em que o controle é exercido

Divide-se em controle repressivo e preventivo de constitucionalidade quanto ao momento em que o controle é efetuado. Em regra, o controle é realizado repressivamente através da atividade jurisdicional, voltado à análise da norma já promulgada. Entretanto, pode se dar preventivamente em algumas hipóteses que serão melhores exploradas no próximo tópico.

Para todos os efeitos, registra-se que o controle preventivo de constitucionalidade retrata a possibilidade de órgão político ou jurisdicional sobrestar a tramitação de processo legislativo com base em inconstitucionalidade formal ou material, bem como refere-se ao próprio poder de oposição de veto presidencial, entre outros exemplos já explorados.

Segundo Gilvan Correia de Queiroz Filho:

É, por natureza, um controle abstrato que desempenha duas funções, notadamente impelir a entrada em vigor de normas presumivelmente inconstitucionais e aumentar a carga de legitimidade daquelas efetivamente promulgadas (Queiroz Filho, 2001, p. 56).

Sobre a questão, descreve J. J. Canotilho:

O controlo preventivo, consagrado pela Constituição francesa de 1958 (art. 61.º) como o controlo mais importante exercido pelo *Conseil Constitutionnel*, é um controlo que se aproxima de um controlo político. Não se trata, por um lado, de um controlo sobre normas válidas, mas sobre projectos de normas. Por outro lado, o tribunal ou órgão encarregado deste controlo não declara a nulidade de uma lei; propõe a reabertura do processo legislativo para eliminar eventuais inconstitucionalidades (CANOTILHO, 2003, p. 901).

Em razão da sua dimensão histórica, abordar-se-á a experiência francesa de controle preventivo de constitucionalidade especificamente em tópico próprio. No Direito Brasileiro, excepcionalmente, é admitido o controle preventivo jurisdicional de projeto de lei nos casos de tramitação de matéria lesiva às cláusulas pétreas, com base no art. 60, §4º da Constituição Federal e na afronta à regras constitucionais do processo legislativo. Não existe regulação sobre o procedimento na legislação brasileira, sendo fruto de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a admissibilidade de

mandado de segurança impetrado por parlamentar com base na norma constitucional que resguarda as cláusulas pétreas e o devido processo legislativo.

2.3.4 Quanto ao modo de controle judicial

O controle incidental (ou concreto) de constitucionalidade consubstancia-se na tradição do *judicial review*, em que o magistrado é chamado pelos litigantes a pronunciar-se sobre determinada norma, cuja constitucionalidade afigura-se como questão prejudicial à análise do mérito da causa em meio a lide judicial. Salta aos olhos, portanto, que o controle incidental é realizado no exercício regular da função jurisdicional, eis que advém da aplicação da lei no caso concreto em que é arguida a inconstitucionalidade de certo dispositivo de lei.

O controle incidental, por sua natureza, é normalmente associado ao modo difuso de fiscalização constitucional, muito embora sejam coisas distintas sob a ótica conceitual. Luís Roberto Barroso adverte que:

[...] como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso. Somente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, criado pela Lei n. 9.982, de 3 dezembro de 1999, cujas potencialidades ainda não foram integralmente exploradas, passou a admitir uma hipótese de controle incidental concretado (BARROSO, 2016, p. 73).

Diversamente, o controle pela dita via principal (ou ação direta) tem raízes no modelo kelseniano instituído na Áustria, e posteriormente na Europa, cuja característica marcante é a instituição de um órgão superior de jurisdição constitucional. Diferencia-se também, notadamente, pelo fato de não ser originário de litígio *inter partes*, ou seja, não gira em torno de um caso concreto. Não há lide, tecnicamente falando (BARROSO, 2009, p. 73). Trata-se, na verdade, de uma ação proposta exclusivamente para discutir a desconformidade de certo dispositivo legal perante a Constituição.

Assim como a via incidental, no Brasil, é associada ao controle difuso, a via principal guarda relação com o controle concentrado de caráter abstrato, muito embora a representação interventiva afigurar-se como exceção (que confirma a regra, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro),

haja vista que esta ação necessariamente versará acerca de um caso concreto na medida em que pressupõe circunstância litigiosa travada entre União e Estado-membro. Barroso arremata a questão:

Contudo, assim, como controle incidental e difuso não são sinônimos, tampouco se confundem a fiscalização principal e concentrada. É certo que, como regra, há no direito brasileiro coincidência entre ambas, mas tal circunstância não é universal. Ao contrário, nos países europeus existem exemplos nos quais a ocorrerá controle concentrado, exercido pelo tribunal constitucional, mas por via incidental (BARROSO, 2016, p. 73-74)

2.4 O controle preventivo de constitucionalidade jurisdicional

2.4.1 A experiência francesa

Merece especial detalhamento o modelo ímpar de controle de constitucionalidade preventivo adotado pelos franceses na Constituição de 1958, através da instituição do Conselho Constitucional.

A experiência histórica da França, notadamente no âmbito político, condensou um desenho constitucional no qual paira uma evidente desconfiança sobre os juízes e sobre a intromissão do Poder Judiciário no âmbito do poder político eleito. Dessa sorte, a Constituição Francesa de 1958 designou a criação de um Conselho Constitucional, cuja composição seria nomeada pelos órgãos políticos, competente para promover um controle preventivo de constitucionalidade das leis aprovadas pelo Parlamento, vedando-se, naquele momento, a revisão constitucional *a posteriori*.

O Conselho Constitucional é um órgão *sui generis* no desenho institucional francês. É composto por 9 membros cujos mandatos duram 3 anos e não são renováveis. Os cargos do Conselho são indicados, por terço, pelo Presidente da República, do Senado e da Assembléia Nacional. Os ex-presidentes da República compõem o Conselho Constitucional em mandato vitalício, além dos 9 membros nomeados pelas instâncias políticas. Notável também é o fato de que não é exigido o diploma de bacharel em Direito como requisito para a investidura no cargo de membro do Conselho.

As atribuições do Conselho abrigam funções de alta relevância nacional, como organizar as eleições presidenciais, assegurar a regularidade dos referendos propostos pelo presidente da República, deliberar a respeito de controvérsias relativas à eleição parlamentar, entre outras. Para este trabalho, importa explorar a competência do Conselho para exercer o controle de constitucionalidade, preventivo e repressivo, disposta no artigo 61 e 61-1 da constituição francesa.

Estabelece o artigo 61 que o Conselho Constitucional analisa preventivamente a constitucionalidade das leis orgânicas, os regulamentos e as proposições legislativas oriundas de consulta. Ou seja, antes da promulgação o Conselho examina a conformidade da norma com a Constituição. Também pode se pronunciar acerca da constitucionalidade de outra espécie de lei que não aquelas arroladas pelo artigo 61, desde que provocado pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro, Presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou por 60 deputados ou 60 senadores.

Ao ser declarada inconstitucional pelo Conselho, a norma não pode ser promulgada ou executada. As decisões equiparam-se a formação de coisa julgada na medida em, por força de comando constitucional, são irrecorríveis e oponíveis a todas as autoridades. Tem-se portanto um peculiar sistema de interação dos poderes constitucionais na República Francesa que, embora seja de tradição parlamentar, proporciona um mecanismo contramajoritário dotado da prerrogativa de dar a última palavra no processo legislativo.

Decorre dessa disposição a problemática a respeito da natureza do Conselho Constitucional, haja vista que possui jurisdição constitucional mas diferencia-se de órgãos judiciais por prescindir de contraditório nas deliberações, ter membros vitalícios em razão de terem ocupado a chefado Executivo e dispensar o diploma de bacharel em Direito para a ocupação do cargo. Neste sentido, controverte-se a respeito do órgão ter natureza política ou jurisdicional.

O ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Joaquim Barbosa, debruçou-se sobre a questão, socorrendo ao entendimento de doutrinadores franceses a respeito da controvérsia:

Pascal JAN (1999; 2001, p. 531) e Bruno GENEVOIS (1988; 2002, p. 516), indubitavelmente dois entre os mais autorizados especialistas na obra do Conselho Constitucional nos dias atuais, são taxativos quando afirmam que o Conselho Constitucional exerce uma função jurisdicional. E o fazem porque, no seu entender, a instituição sediada na ala Montpensier du Palais-Royal apresenta os *signes caractéristiques d' une juridiction*, isto é: decide à luz de critérios jurídicos, com total independência, sobre uma questão também jurídica que lhe é submetida. A decisão que profere tem a força de coisa julgada, eis que, nos termos da Constituição, os seus julgados não ensejam qualquer tipo de recurso e “se impõem aos Poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais” (art. 62.2). Ora, o poder de impor suas decisões com força de coisa julgada aos particulares e aos poderes públicos em geral é, como bem assinala JAN, o que efetivamente caracteriza o poder jurisdicional.

Por outro lado, o caráter preventivo do controle exercido pelo Conselho Constitucional não lhe retira a natureza jurisdicional, pois o que é decisivo é a natureza da atividade do órgão e não o momento em que ela se dá. (BARBOSA, 2003, p. 115)

Fato curioso é que, até 2008, o Conselho Constitucional francês somente exercia a forma preventiva de controle de constitucionalidade, tendo a reforma constitucional nº 724 introduzido o modelo repressivo, nos termos do artigo 61-1 da Constituição, que dispõe de maneira que o Conselho pode vir a ser chamado a pronunciar-se sobre disposição de lei cuja constitucionalidade seja questionada em meio a processo judicial, em razão de ameaçar direitos e liberdades constitucionalmente assegurados.

2.4.2 O modelo brasileiro

Diversamente do modelo francês, o ordenamento jurídico brasileiro, a rigor, não prevê um mecanismo certo de controle preventivo de constitucionalidade exercido por órgão jurisdicional, seja a medida dessa jurisdição constitucional ou meramente contenciosa.

Como visto anteriormente, as hipóteses de fiscalização constitucional são elencadas taxativamente pela Constituição Federal de 1988 ou pelo próprio regramento processual, tais como as ações movidas

pela via direta (ADI, ADC, APDF, entre outras) e a arguição de inconstitucionalidade pela via incidental, respectivamente.

Tem-se, portanto, evidência clara de que o legislador constituinte não concebeu a noção de controle de constitucionalidade jurisdicional de normas em curso de formação no Parlamento. No entanto, essa regra comporta flexibilização em razão de uma gama variada de fatores, e vem, portanto, sendo reformulada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - muito embora possa-se apresentar uma série questionamentos, de naturezas diversas, a respeito da criatividade hermenêutica que vem sendo adotada na leitura dos dispositivos constitucionais pelos ministros do Supremo, o que será objeto de capítulo posterior deste trabalho.

Haja vista que as hipóteses de cabimento de controle preventivo de constitucionalidade jurisdicional decorrem da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, importa realizar uma análise detida dos julgados da Corte.

Traduz bem o entendimento atual do STF o seguinte trecho de ementa:

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**” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2004) (sem grifos no original).

Extraí-se do excerto as duas hipóteses em que é admitida, excepcionalmente, o exercício de controle preventivo de constitucionalidade jurisdicional pela Corte: o processamento de emenda constitucional que exorbite dos limites do poder reformador e a prática de atos procedimentais incompatíveis com a Constituição. Em outras palavras, admite-se a incursão judicial quando tramitar no Congresso matéria tendente a abolir cláusula pétrea ou na circunstância em que forem violadas determinadas regras do processo legislativo.

2.4.2.1 Violação ao § 4º, artigo 60 da Constituição

A Constituição Federal de 1988 impõe vedação à deliberação parlamentar acerca de proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, nos termos do § 4º, artigo 60. São as denominadas cláusulas pétreas, regras insuscetíveis de revisão pelo poder constituinte derivado. Ou seja, tão somente a deliberação de uma nova Assembleia Constituinte, mediante inauguração de uma nova ordem constitucional, teria a condição de substituí-las ou alterá-las.

Por certo que a imutabilidade das cláusulas pétreas tem razão de ser na opção do constituinte originário de manter o núcleo essencial da Constituição inalterável. É que parte-se da lógica de que a alteração constitucional deve abrir portas de ajuste do Texto Magno às mudanças conjunturais da sociedade, sob o aspecto político, econômico, cultural, filosófico e social, porém sem que tal processo implique na perda da identidade do projeto constitucional básico, ou mesmo na substituição gradativa da Constituição.

Neste sentido, o magistério de Paulo Gonet Branco é esclarecedor:

As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétrea já é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário.

[...]

A cláusula pétrea não tem por meta preservar redação de uma norma constitucional – ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição (GONET BRANCO, Paulo. 2012, p. 139).

Para Novelli (1995, p. 81, apud GONET BRANCO, 2012, p. 141) por sua vez, apresenta singular entendimento ao asseverar que a proposição de emenda deve, necessariamente, confrontar princípio constitucional para que seja considerada tendente a abolir certa cláusula pétrea. Para o autor, o texto constitucional “repele não toda emenda capaz de afetá-los, mas tão somente a que intente suprimi-los ou (o que dá no mesmo) alterá-los substancialmente, afetá-los no seu conteúdo essencial”.

Dessa sorte, controverte-se a respeito da possibilidade do Poder Judiciário ingressar nessa quadra e sobrestar a tramitação de matéria legislativa que enquadre-se nos termos do § 4º, artigo 60 da Constituição. É que muito embora o texto constitucional proteja as cláusulas pétreas de emendas tendentes à aboli-las, o mesmo deixou de prever o regramento a respeito do momento específico em que esta proteção pode tornar-se pretensão jurídica. E como viu-se, a adequação temporal do exercício do controle implica sobremaneira na sua natureza.

Queiroz Filho, neste sentido, ensina que a Corte Suprema admite:

[...] exceção relativa à tramitação de propostas de emenda à Constituição, por guardarem estas a peculiaridade de estarem limitadas por restrição imposta ao poder de reforma da Carta, contida no seu art. 60, §4º (...).

A referida proibição constitucional, por vedar até mesmo a deliberação sobre proposta que atinja uma das chamadas cláusulas pétreas, representa um sério indicador da possibilidade de um controle judicial da constitucionalidade desse tipo de projeto, visto que a Constituição estaria sendo ofendida pelo simples exame de proposta de tal natureza (Queiroz Filho, 2001, p. 91)

O Supremo Tribunal Federal vem, portanto, dando vazão à vontade constitucional ao recepcionar a tese da legitimidade do parlamentar de impetrar mandado de segurança contra tramitação legislativa de matéria contrária às cláusulas pétreas, com base em direito líquido e certo de não ser convocado para participar de votação inconstitucional (GONET BRANCO, 2012, p. 142). Para Gonet Branco:

[...] é seguro que o Judiciário pode afirmar a inconstitucionalidade de emenda à Constituição. Isso pode ser feito depois de a emenda haver sido promulgada, em casos, concretos, por qualquer juiz, podendo também se efetuar o controle abstrato, pelo STF, por meio de ação de direta de inconstitucionalidade. **O controle pode ocorrer antes mesmo de a emenda ser votada, por meio de mandado de segurança, reconhecendo-se legitimacão para agir exclusivamente ao congressista** (GONET BRANCO, 2012, p. 143) (sem grifos no original).

O *leading case* sobre o assunto no Supremo Tribunal Federal é de lavra do Ministro Moreira Alves, nos autos do Mandado de Segurança nº 20.257/DF, julgado sob a égide da Carta Magna anterior, que continha previsão de dispositivo semelhante ao § 4º, artigo 60 da Constituição Cidadã:

Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da república.

Cabimento do mandado de segurança hipóteses 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). Nesses casos, 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, se ocorrente já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1980).

A evolução jurisprudencial da Corte manteve a tendência de admitir, excepcionalmente, o controle prévio de constitucionalidade para sobrestar a tramitação de matérias que violem a limitação ao poder de reforma constitucional.

Assim sendo, o Supremo tem a competência, segundo seu entendimento, de exercer controle de constitucionalidade prévio e material das normas em curso de formação. Entretanto, esta regra aplica-se exclusivamente às questões materiais associadas ao § 4º, artigo 60, vedando-se a incursão no denominado mérito legislativo quando não seja contrário às cláusulas pétreas. Isto é, em regra, o STF não admite o controle preventivo de matéria inconstitucional por si só; deve haver afronta ao § 4º, artigo 60 especificamente. O julgado abaixo exemplifica bem tais ressalvas eventualmente pontuadas pelo STF:

[...] 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 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2013). (sem grifos no original).

2.4.2.2 *Violação às regras constitucionais do processo legislativo*

O processo legislativo federal é regulado, constitucionalmente, pelas regras dispostas entre os artigos 59 e 69 da Carta Magna, que preveem uma série de determinações e conceitos de ordens diversas, como as espécies de leis, procedimento de alteração constitucional, competência para legislar, entre outras. No mais, questões de natureza operacional da legiferação são detalhadas pelos regimentos internos da Câmara e do Senado, assim como pelo Regimento Comum, correspondente às regras relativas às sessões conjuntas das duas casas.

Por corolário lógico, a estatura constitucional conferida à certas regras do processo legislativo propicia ambiente adequado ao controle de constitucionalidade do próprio processo de produção das leis, justamente na medida em que pode-se, segundo a interpretação do Supremo, incorrer-se em violações ao texto constitucional mediante deliberação parlamentar ou simples trâmite legislativo,. Dessa sorte, tem-se que o controle de constitucionalidade exercido nesta circunstância específica, caso ocorra, é, indubitavelmente, prévio.

Ademais, salta aos olhos que esta hipótese distingue-se sobremaneira da circunstância dantes analisada, relativa à matéria tendente à abolir cláusula pétreia. Trata-se, portanto, da segunda modalidade de controle prévio de constitucionalidade admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim preceitua Queiroz Filho:

Discute-se, porém, a possibilidade de controle da regularidade do processo de formação das leis, ou melhor, se é dado ao Poder Judiciário cuidar se o processo legislativo transcorreu em conformidade com a Constituição ou mesmo com o dispostos no regimento interno da respectiva Casa (QUEIROZ FILHO, 2001, p. 94)

É que este tipo de controle, realizado mediante impetração de mandado de segurança, está diretamente relacionado à questões de obediência da forma do processo legislativo, mas notadamente de procedimento atinente à dispositivo constitucional. É o que Gilvan Correia de

Queiroz Filho denominou de mandado de segurança como forma de controle do *due process of law* no processo legislativo (QUEIROZ FILHO, 2001, p. 94).

O entendimento da corte a respeito dessa hipótese é bem elucidado na leitura do teor da ementa do Mandado de Segurança nº 32.033/DF:

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 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2013).

Por fim, importa ressaltar que o exercício de controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo, nestes casos atinentes à forma do processo legislativo, por vezes tangencia as controvérsias sobre as ditas questões *interna corporis*, muito embora uma coisa não deva ser confundida com a outra, como se verá.

2.4.2.3 Violação ao Regimento Interno e a questão interna corporis

Digna de nota é a discussão a respeito da judicialização da disputa política parlamentar, quando levada ao Supremo Tribunal Federal mediante a alegação de desobediência ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (ou do Regimento Comum), notadamente em razão de tal questão ser recorrentemente suscitada em sede de mandado de segurança apto a lograr que a Corte exerça um controle preventivo de constitucionalidade.

O artigo 102, inciso I, alínea 'd', da Constituição Federal estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer de mandado de segurança impetrado contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Aí instala-se a primeira condição para o surgimento da controvérsia, haja vista que o dispositivo constitucional, sob certo ângulo, confere ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de dar a última palavra em questões atinentes às contendas políticas entre diferentes siglas partidárias. Questões que

normalmente, diga-se, resolveriam-se no voto, mas que por serem eventualmente reguladas pelo Regimento Interno da Câmara e do Senado Federal, podem ou não estar sujeitas à sindicabilidade judicial pelo Supremo.

Dessa sorte, é conferido ao parlamentar o direito de opor-se a determinado ato da Mesa Diretora de alguma das casas mediante a impetração de mandado de segurança, que, por força artigo 102, inciso I, alínea 'd', será apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, as discórdias políticas nas arenas majoritárias, quando de natureza regimental, eventualmente são categorizadas como questões *interna corporis*, noção que, por vezes, obstaculiza a apreciação judicial das controvérsias parlamentares, principalmente em razão de existir notável divergência jurisprudencial e doutrinária a respeito do alcance dessa imunidade à revisão judicial – ou mesmo da existência dessa proteção.

Para Gilvan Correia de Queiroz Filho:

[...] mesmo as posições mais extremadas em defesa de um controle amplo da regularidade desse tipo de processo concordam com a existência de um núcleo político imune a qualquer tipo de interferência externa, a chamada *interna corporis*. A questão que se põe é justamente, conforme já discutido anteriormente, a amplitude do conceito (QUEIROZ FILHO, 2001, p. 95)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez, preceitua:

Se a observância dos preceitos constitucionais é rigorosa, absoluta, a dos regimentais não o é. A violação regimental, por isso, é suscetível de convalidação, expressa ou implícita. Destarte, no caso das normas regimentais, o Judiciário só pode verificar se a violação desta impediu a manifestação da vontade da Câmara. Nesse caso, então, deverá reconhecer a invalidade das regras assim editadas (FERREIRA FILHO, 2012, p. 276).

De outro giro, Hely Lopes Meirelles propõe uma abrangência maior da judicialização dos atos legislativos:

Interna corporis são só aquelas questões ou assuntos que entendem direta e indiretamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei (...). Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandatos, concessão de licenças, etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de regimento, constituição de comissões, organizações de serviços auxiliares, etc.) e a valoração das votações.

(...)

Nesta ordem de idéias, conclui-se que é lícito ao Judiciário perquirir da competência das câmaras e verificar se há inconstitucionalidades, ilegalidades, e infringências regimentais nos seus alegados *interna corporis*, detendo-se, entretanto, no vestíbulo

das formalidades, sem adentrar ao conteúdo de tais atos, em relação aos quais a corporação legislativa é, ao mesmo tempo, destinatária e juiz supremo de sua prática (Meirelles, 1992, p. 610-611).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dá claras mostras do mencionado dissenso. É da lavra do Ministro Luiz Fux o seguinte trecho:

Considerada a análise conglobante entre as normas constitucionais e as contidas no Regimento Interno das Casas Legislativas, é de se ressaltar a impropriedade da visão atávica que qualifica as discussões sobre transgressões a normas regimentais como questões *interna corporis*, imune ao controle judicial. Subjacente a tal orientação encontra-se um resquício da concepção ortodoxa do princípio da separação de poderes, que, de certa forma, ainda visualiza a existência de domínios infensos à intervenção judicial, reservados que seriam à instituição parlamentar, responsável pela solução final de toda e qualquer matéria emergente no seu interior (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Sem embargo, a Suprema Corte possui mais de um julgado em que é dito em alto e bom som justamente o contrário, que “a interpretação e a aplicação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados constituem matéria interna corporis, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008).

Ecoa neste sentido o ensinamento de Queiroz Filho, que assevera:

Descendo a controvérsia ao nível puramente regimental, é repetida a jurisprudência da Alta Corte no sentido de considerar que decisões tomadas no âmbito do Congresso Nacional com base na interpretação de matéria puramente regimental são imunes ao controle judicial, caracterizando ato interna corporis (QUEIROZ FILHO, 2001, p. 69).

Independente da controvérsia suprema, tem-se por conclusivo que as questões judiciais atinentes aos regimentos parlamentares não se confundem com controle preventivo de constitucionalidade, haja vista que não revestem-se diretamente de estatura constitucional.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

No primeiro capítulo fez-se uma análise geral do mecanismo de controle de constitucionalidade, especialmente em sua feição preventiva e jurisdicional, conciliando noções introdutórias, como conceito e marcos históricos, até uma análise mais atualizada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do instituto.

Este segundo capítulo propõe-se a fazer uma revisão geral acerca do fenômeno da judicialização da política, com base nos marcos teóricos nacionais e internacionais, passando por sua evolução histórica nas democracias constitucionais até chegar nas diversas formulações quanto às causas da judicialização, especialmente no tocante ao Poder Legislativo⁶. Tudo isso para, no terceiro capítulo, articular a evolução do controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional com a crescente judicialização da política no Brasil.

3.1 Conceito e noções introdutórias

A judicialização da política é, em última análise, a transposição da pauta política do Legislativo ou Executivo para o Judiciário, em que questões expressivas tradicionalmente reservadas ao Legislativo e Executivo reverberam na atividade jurisdicional como nunca. Figurativamente, é o ato de protocolar controvérsias políticas no Poder Judiciário. Trata-se de um processo de transferência do poder decisório para o Judiciário, em detrimento das instâncias tradicionais, para que delibere sobre matéria de ordem política, social ou moral, de grande impacto na sociedade.

É inequívoca a definição de Ran Hirschl:

Uma das principais manifestações dessa tendência tem sido a judicialização da política — o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas. Com recém-adquiridos mecanismos de controle de constitucionalidade,

⁶ Por questões de rigor científico e de oportunidade, este trabalho não pretende avaliar o impacto da judicialização da política nas relações entre Poder Executivo e Poder Judiciário, discussão essa que, embora cativante, exige um estudo particularizado da matéria.

tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas — da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental (HIRSCHL, 2012b, p. 131).

Para Tobjörn Vallinder, a judicialização da política pode significar

a expansão da seara dos tribunais ou dos juízes à custas de políticos e/ou administradores, isto é, a transferência dos direitos decisórios do legislativo, do executivo ou do serviço público para os tribunais, ou pelo menos a difusão de métodos decisórios judiciais fora da seara judicial propriamente dita. Resumindo, poderíamos dizer que a judicialização envolve, essencialmente, transformar algo em uma forma de processo judicial (TOBJORN, 2012, p. 15).

De início, importa dizer que não se nega que tudo é política, em sentido amplo. Ao final do dia, a maior parte das decisões proferidas pelo Poder Judiciário encerra algum conteúdo político, seja por revelar uma preferência da magistratura em exercício, seja pelo grau de impacto público que a decisão prolatada alcança.

Sobre a questão, Ran Hirschl descreve que:

A distinção entre instâncias “ordinárias de judicialização e a judicialização da “megapolítica” depende, em parte, de nossa conceituação do que seja político. Uma decisão política deve afetar a vida de muitas pessoas – porém, muitos processos que não são puramente políticos (por exemplo, grandes ações coletivas) também afetam a vida de muitas pessoas. Por não haver uma resposta simples à questão “o que é político?” - para muitos teóricos sociais, a resposta seria “tudo” – também não pode existir uma definição simples e direta a judicialização da política (HIRSCHL, 2012a, p. 36)

No entanto, e ao menos em tese, há uma linha divisória que minimamente separa direito e política na democracias contemporâneas, muito embora haja intensa interação entre os dois lados da moeda, como não poderia ser diferente haja vista que a política cria o direito (BARROSO, 2008, p. 8) e que o direito interfere no processo político. E é justamente essa linha divisória, entre direito e aquilo que seria eminentemente política, que vem sendo flexibilizada pelo processo contínuo de judicialização.

Neste sentido, a judicialização da política afigura-se como um processo histórico que, gradativamente, empalidece as fronteiras entre direito e política, de sorte a conferir ao Poder Judiciário a prerrogativa cada vez maior de ismiscuir-se em qualquer tópico controvertido a ele submetido, em

detrimento do que por muito tempo foi protegido pelo manto da “questão política”⁷, ao passo que consolida o que Habermas denominou de juridificação (HABERMAS apud GUERRA, 2013, p. 188).

Expressa bem esta noção o ensaio de John Ferejohn, para quem as doutrinas constitucionais, após a Segunda Guerra, passaram a regulamentar assuntos que por muito tempo foram protegidos do exame judicial em função da doutrina da questão política:

Hoje já reconhecemos que a noção de que política possa ou deva se restringir ao processo legislativo é simplista demais. Também reconhecemos que os tribunais têm estado crescentemente mais aptos e dispostos a limitar e a regular o poder de instituições legislativas, o que significa, vale dizer, que os tribunais têm se constituído como instâncias de elaboração de políticas públicas substantivas e que os juízes estão cada vez mais dispostos a regular a maneira pela qual se desenvolve a atividade política. Esse crescente papel dos tribunais, tanto na formulação de políticas públicas quanto na atividade política, significa que um fenômeno que Tocqueville já identificara na política americana anos atrás hoje se tornou global: a transformação de questões políticas em questões jurídicas (Ferejohn, 2012, p. 88).

Vale dizer que a judicialização da política não retrata simplesmente um processo de redistribuição do poder político decisório entre os Poderes, mas também da remodelagem da própria forma como a política é exercida na medida em que o processo de deliberação nas arenas políticas e judiciais são sobremaneira distintos.

A dinâmica parlamentar norteia-se pelo conflito e conglomeração entre atores representativos de interesses políticos, econômicos e sociais, que refletem diferentes programas ideológicos destinados à conquista dos rumos de determinada nação. O processo político parlamentar, diga-se, também constitui espaço fértil à proliferação de projetos específicos de poder, de ordem regional, personalista, fisiológica, ou coisa que o valha. Em síntese, é um espaço institucional altamente permeável aos interesses externos, onde grupos de pressão, guiados por interesses próprios, legítimos ou não, disputam os rumos legislativos mediante a

⁷ Comentando a respeito da judicialização da política a nível global, Ran Hirschl observa que “a proporção de áreas políticas que estão isoladas da intervenção judicial é seguramente menor em 2008 do que o era há 25 anos. Em comparação com o início dos anos 1980 (aproximadamente uma geração atrás), muitas questões até então puramente políticas são agora consideradas basicamente questões judiciais ou constitucionais.” (HIRSCHL, 2012a, p. 59)

composição de maiorias parlamentares. Dada à liberdade política das democracias contemporâneas, o procedimento da deliberação parlamentar caracteriza-se pela discricionariedade, muito embora deva respeitar determinadas regras regimentais e de ordem constitucional.

O Poder Judiciário, por sua vez, é guiado por lógica diversa. As deliberações judiciais por certo não fogem de interferências externas de toda ordem, mas guardam uma relação maior com a racionalidade própria do ofício jurisdicional, mediante o exercício de interpretação e aplicação da lei, distante das paixões políticas, com norte na legalidade e na observância aos direitos fundamentais. Não há uma discricionariedade judicial propriamente dita, muito embora aí resida um amplo e controverso debate que, por sua extensão, não comporta maiores elocubrações neste trabalho.

Para Barroso, a lógica do Poder Judiciário desempenha uma “função técnica de conhecimento, de mera declaração de um resultado já previsto, e não uma atividade criativa, suscetível de influência política” (BARROSO, 2010, p. 1).

Ademais, o Poder Judiciário por vezes exerce papel contramajoritário para resguardar a legalidade e o texto constitucional, o que significa que a função jurisdicional tem o dever de aplicar a lei independente da vontade popular ou de eventual maioria constituída. Logo, a própria lógica da política, que é a composição de maiorias, não se aplica ao Poder Judiciário, deixando uma série de perguntas que precisam de respostas.

Diante disso, a judicialização da política inaugura um amplo debate a seu respeito que divide a comunidade política e jurídica, haja vista os impactos que causa na teoria constitucional e na ciência política, que será melhor definido nos próximos tópicos.

3.2 Constitucionalismo e democracia

Para Robert Dahl (DAHL, 2010, 49-50) um governo pode ser democrático se verificada a existência de alguns requisitos: participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão de adultos. Para ele, ao ser adotada uma política

pela associação, os membros de determinado Estado devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer serem conhecidas suas opiniões sobre o rumo dessa política. Ao tomarem a decisão sobre esta política, todos os votos devem ser contados igualmente, com o mesmo peso conferido a todos os membros adultos, garantindo-se a concessão de um tempo razoável para que estes membros possam se inteirar sobre as consequências da decisão em jogo. No mais, o processo democrático deve ser contínuo, de modo que as políticas de associação estarão sempre abertas a mudança por parte dos próprios membros.

Muito embora possam haver inúmeras conceituações acerca do termo democracia, o regime democrático distingue-se como um dos principais valores compartilhados pela sociedade contemporânea do Ocidente.

Certo é que, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, com o fortalecimento da globalização mediante a assinatura de tratados que privilegiaram a preservação dos regimes democráticos dos países que buscavam interação internacional, em manifesta oposição à experiência totalitária da primeira metade do século XX.

Seguramente acompanhou esta tendência a crescente onda de constitucionalização da ordem jurídica dos Estados nacionais no período pós-guerra, caracterizada pela inserção dos direitos fundamentais na redação constitucional como forma de conferir-lhes maior grau de distinção, de natureza política e jurídica, na tentativa de assegurar-lhes a existência e a efetividade, em contraponto à inobservância dos direitos humanos neste período e a falência do Estado liberal. Neste sentido, descreve Gilmar Ferreira Mendes:

A ideia de uma Constituição sem proteção efetiva e, portanto, com valor jurídico de menor tomo, perdurou por bom tempo na Europa continental. Ali, o problema da proteção da Constituição, isto é, do seu valor jurídico, ficou em estado de latência até as crises do Estado liberal do final do século XIX e no primeiro quartel do século XX.

[...]

Terminado o conflito, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana, contra os abusos dos poderes estatais.

[...]

A Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, passou a ser o instrumento de proteção da Constituição – que, agora logra desfrutar de efetiva força de

norma superior do ordenamento jurídico (MENDES; GONET BRANCO, 2012, p. 53).

Em meio a este contexto exsurge o constitucionalismo moderno, em que é “possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento” (MENDES; GONET BRANCO, 2012, p. 59), em que é concedida força normativa aos direitos fundamentais, transformando em pretensão jurídica os anseios políticos inscritos no texto constitucional. Assevera Barroso que:

Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada como ação judicial (BARROSO, 2008, p. 2).

Dessa sorte, há certos pontos em que constitucionalismo e democracia colidem entre si, eis que a constitucionalização de direitos fundamentais contribuem para o deslocamento de questões de grande relevância política para o Poder Judiciário⁸, que, em regra, detém a prerrogativa de dar a última palavra a respeito da Constituição e das leis, o que, por corolário lógico, apequena o papel reservado às instâncias políticas parlamentares. Perfilhando deste entendimento, Gilmar Ferreira Mendes disserta que:

O atual estágio do constitucionalismo se peculiariza também pela mais aguda tensão entre constitucionalismo e democracia. É intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas (MENDES; GONET BRANCO, 2012, p. 61).

Do mesmo giro, Souza Neto e Daniel Sarmento acreditam que a relação entre jurisdição constitucional e democracia estabelece uma tensão sinérgica, em que o exercício devido do controle de constitucionalidade tem o condão de proteger elementos essenciais ao bom funcionamento da própria democracia, embora haja certa tensão quando da imposição de limites para as decisões de maiorias, principalmente quando a palavra final desses conflitos seja delegada à jurisdição constitucional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 39).

⁸ Registre-se que, como se demonstrará, o constitucionalismo ou o que Ran Hirchsl denominou como prevalência do discurso dos direitos fundamentais, não afigura-se como única razão do desenvolvimento da judicialização da política.

Essa relação entre constitucionalismo e democracia, embora revele certas contradições, é fator comum a todos os sistemas constitucionais modernos, e mesmo pressupostos deles. Isto porque uma constituição promulgada⁹ exsurge enquanto manifestação da soberania popular, enquanto desejo democrático de consolidação de um plexo de direitos, e, simultaneamente, representa uma forma de limitação da própria vontade popular, na medida que impõe a razão pública acima das maiorias. Em que pese apresentem eventuais contradições, que, diga-se, devem ser sopesadas para que não viva-se sob a égide de um sistema desequilibrado, todos estes elementos fazem parte de um processo dialético que designa uma ordem constitucional consubstanciada na garantia dos direitos fundamentais, da legalidade e da soberania popular.

Lênio Streck arremata a questão ao certificar que “trata-se, no fundo, de um paradoxo: a Constituição é um remédio contra maiorias, mas, ao mesmo tempo, serve como garantia destas” (STRECK, 2013, p. 78).

3.3 A diversidade de causas da judicialização da política

Como qualquer fenômeno complexo, a judicialização da política não tem origem inequívoca, tampouco única. É resultado de uma interação heterogênea de diversos fatores que podem razoavelmente serem enquadrados como de ordem política e jurídica. Dessa sorte, a teoria constitucional por muito tempo debruçou-se sobre a controvérsia e identificou nela pontos em comum, como o constitucionalismo abrangente e a prevalência do discurso dos direitos fundamentais¹⁰. Muito se ignorou a

⁹ Importa dizer que a existência de um texto magno não necessariamente reflete a qualidade democrática de determinada nação. Para tanto basta lembrar da Constituição Brasileira de 1824, outorgada, isto é, imposta por D. Pedro I logo após dissolver a Assembleia Constituinte designada.

¹⁰ Ran Hirschl defende que “apesar da crescente prevalência desse fenômeno, o discurso acadêmico sobre a judicialização da política ao redor do mundo permanece surpreendentemente superficial. Com poucas e notáveis exceções, a judicialização da política é habitualmente tratada de maneira muito pouco refinada, como um resultado natural da prevalência do discurso dos direitos fundamentais. Às vezes, a judicialização da política é confundida com uma versão genérica do ativismo judicial, prestando-se pouca ou nenhuma atenção à diferença entre atribuir aos tribunais a definição do escopo do direito a um julgamento justo, por exemplo, e confiar a eles a solução de delicadas questões de identidade coletiva que se encontram no coração dos processos de construção da nação.”

respeito de outras categorias por vezes atinentes à Ciência Política, o que, por sua vez, gerou um acúmulo teórico eventualmente dissociado da realidade das instituições e dos atores políticos, nomeadamente dos papéis que estes desempenham no favorecimento à judicialização.

Neste sentido, este trabalho propõe, e em especial neste tópico, uma interlocução epistemológica entre estas duas áreas do conhecimento para melhor apurar as causas da judicialização da política. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “se o jurista-intérprete contentar-se com a exegese das normas, estará a comprazer-se com a descrição de castelos no ar, tarefa talvez poética, jamais científica” (FERREIRA FILHO, 2014, p. 25).

O que se quer é trazer à análise um ângulo que identifique que a jurisprudência dos tribunais não paira num vácuo ideológico, insuscetível ao influxo da conjuntura política. Procura-se, dessa sorte, avaliar quais fatores políticos e jurídicos contribuem para a judicialização da própria política, redirecionando o enfoque, até então conferido majoritariamente ao comportamento dos juízes e dos tribunais.

3.4 Constitucionalismo abrangente, neo constitucionalismo e a prevalência do discurso dos direitos fundamentais

O constitucionalismo abrangente é o fator mais citado pela teoria constitucional clássica no tocante às causas judicialização da política. Parte-se do pressuposto de que a constitucionalização dos direitos fundamentais operou uma juridificação das questões políticas quando assuntos como educação, saúde, liberdades civis, entre outros, foram positivados no texto constitucional. Neste mesmo sentido, Barroso descreve que “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito” (BARROSO, 2008, p. 2).

A prevalência do discurso dos direitos fundamentais, como já bem explorado em tópico anterior, ganhou força principalmente no pós-guerra em meio a falência do Estado liberal e as atrocidades cometidas nos regimes

(HIRSCHL, 2012b, p. 133)

totalitários. Tais circunstâncias engendraram um movimento nas nações democráticas do Ocidente em direção à garantia dos direitos fundamentais do ser humano enquanto inalienáveis, movimento esse consolidado no decorrer da segunda metade do século XX e notadamente no século XXI, que pode muito bem ser associado ao desenvolvimento do Estado do Bem Estar Social.

Ao comentar a abordagem que associa a dilatação do Estado com a judicialização, Ran Hirschl descreve que:

O moderno Estado administrativo incorpora noções de governo como criado ativo de política, em vez de solucionador passivo de conflitos. Isso exige portanto, um judiciário ativo e com poder de estabelecer políticas. Seguindo a mesma linha de raciocínio, a judicialização da política pode originar-se também da crescente complexidade e contingência das sociedades modernas e/ou da criação e expansão do moderno estado de bem-estar social e seus numerosos órgãos regulamentadores (HIRSCHL, 2012a, p. 30)

A ampliação desta tendência deu vazão à corrente neoconstitucionalista, que ampara-se, segundo Barroso, na força normativa da Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e na hermenêutica constitucional principiológica¹¹, e propõe uma reconciliação entre o direito e a moral, em oposição ao positivismo kelseniano e em aberto flerte com o jusnaturalismo.

Neste mesmo sentido, Barroso define que

Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito (BARROSO, 2006, p. 3)

¹¹ Cabe aqui transcrever a crítica de Lênio Streck ao que denominou de Panprincipiologismo, como fruto do constante uso dos princípios na aplicação da lei, amparado na corrente neoconstitucionalista: “uma espécie de patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de *standards* argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada). É como se ocorresse uma espécie de “hiperestesia” nos juristas que os levasse a descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um alibi teórico da realização dos “valores” que subjazem o “Direito”), a melhor solução para os casos jurisdicionalizados.” (STRECK, 2008, p. 9).

Como consequência de todo esse processo, o rol de direitos constitucionalmente garantidos tornaram-se pretensões jurídicas viabilizadas por certa via processual, conferindo uma enorme centralidade ao Poder Judiciário na medida em que recaiu sobre este a responsabilidade pela efetivação do discurso da prevalência dos direitos fundamentais.

Por corolário, questões antes aferrolhadas nas instâncias políticas tradicionais passaram a ter espaço de deliberação nas salas de audiência judicial. Este deslocamento do poder decisório agravou-se consideravelmente quando a magistratura ampliou sua forma de atuação, ao buscar soluções criativas às lides mediante o uso da ponderação de princípios com supedâneo na teoria neoconstitucionalista, por muitas vezes inovando fora do ordenamento jurídico.

3.5 Crise de representatividade e legitimidade do Poder Legislativo

Um fator recorrentemente mencionado pela teoria constitucional, como propício à judicialização da política, é a baixa representatividade e legitimidade do Parlamento. Esta crise pode estar associada à peculiaridade conjuntural de determinado país, mas igualmente liga-se à quadra histórica vivida, tida para muitos constitucionalistas como a da supremacia do Poder Judiciário e da falência do Legislativo.

Para Gilmar Ferreira Mendes, “hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento” (MENDES; GONET BRANCO, 2012, p. 59). Ao mesmo passo, Barroso descreve que “desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquele feita no âmbito do Legislativo e Executivo.” (BARROSO, 2009, p. 331). Em sentido similar, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera:

É notório que os Parlamentos não dão conta das “necessidades” legislativas dos Estados contemporâneos; não conseguem, a tempo e a hora, gerar as leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam. As normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão – é certo – ensejos a delongas, oportunidades a manobras e retardamentos. Com isso, os projetos se acumulam e se atrasam. E esse atraso, na palavra do governo, no murmúrio da opinião pública, é a única e exclusiva razão por

que os males de que sofre o povo não são aliviados (FERREIRA FILHO, 2014, p. 36)

A crise do sistema político-parlamentar é multifacetada. Pode ter como ponto de partida o sistema eleitoral, a cultura política da sociedade, o sistema de governo adotado e as próprias condições sócio históricas de determinada nação. Muito embora operem diversos fatores, entre si diferentes, na contribuição para a crise do Poder Legislativo, essa gradativa perda de credibilidade tem rumo certo na direção do estreitamento das atividades políticas propriamente ditas, em favor da judicialização do processo político.

Some-se isso à visibilidade atual do Poder Judiciário e a percepção social, cada vez maior, de que a pauta do Poder Judiciário operacionaliza-se em termos diferenciados, qual seja, mediante a realização de julgamentos imparciais, presididos pela racionalidade e pela lógica da proteção aos direitos fundamentais, em contraposição ao desprestígio da política parlamentar, que envolve o emprego de técnicas negociais nem sempre assimiladas pelos representados, por assim dizer. Neste contexto, o Judiciário figura no imaginário coletivo como um porto seguro de direitos.

Para Ran Hirschl, essa abordagem compreende que a judicialização:

[..] tem maior chance de ocorrer quando instituições jurídicas são vistas pelos movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos como órgãos decisórios mais respeitáveis, imparciais e eficientes do que outras instituições, que são vistas como altamente burocráticas e tendenciosas. A judicialização desse tipo se pauta num contraste percebido entre a relativa abertura e integridade do processo jurídico e a corruptibilidade da negociação política (HIRSCHL, 2012a, p. 31)

De mais a mais, o aprofundamento do declínio do Poder Legislativo opera-se mediante a constituição de um ciclo vicioso, pois que a baixa representatividade parlamentar implica por vezes no agigantamento do Poder Judiciário, que, por sua vez, esvazia a relevância das arenas políticas majoritárias perante a opinião pública, que, por corolário, resulta na eleição de uma legislatura com baixa representatividade.

3.6 Anuência de atores políticos

Como dito, é impossível dissociar os tribunais da conjuntura política. A tarefa de examinar a expansão da jurisdição constitucional, principalmente, sobre a fronteira política exige a reunião de elementos atinentes à norma jurídica e ao universo político, nomeadamente acerca do comportamento dos atores políticos que constituem as instituições públicas.

Neste contexto, a teoria constitucional deixa, eventualmente, passar por despercebida a articulação das razões de ordem política que contribuem para o desenvolvimento da judicialização da política, particularmente no tocante ao interesse dos próprios atores políticos neste processo, cuja deferência estratégica ao Judiciário, somado ao comportamento judicial politicamente sagaz, compõem a fórmula explosiva do fenômeno (HIRSCHL, 2012a, p. 34).

A delegação do poder decisório do Legislativo ao Judiciário por vezes beneficia a própria classe política, na medida em que isto pode significar a prescindibilidade das arenas parlamentares entrarem em bolas divididas, ou seja, em temas altamente controversos cuja repercussão da escolha dos congressistas pode vir a desqualificá-los perante seus eleitorados. É o que Ran Hirschl definiu como transferência de batatas quentes, realizada deliberadamente pelo Poder Legislativo com o intuito calculado de transferir a responsabilidade sobre o processo decisório, livrando-se de eventual ônus político ou do próprio despreparo a pronunciar-se a respeito de questões complexas:

O cálculo da estratégia de 'desvio de culpas' é bem intuitivo. Se a delegação de poderes pode aumentar a legitimidade e/ou reduzir a culpabilidade dos políticos como resultado da decisão político do órgão colegiado, então tal delegação pode beneficiar os políticos. No mínimo, a transferência de 'batatas quentes' políticas para os tribunais oferece um abrigo conveniente aos políticos que não tem têm vontade nem capacidade de solucionar contendas públicas dentro da esfera política (HIRSCHL, 2012b, p. 156)

Em *Towards Juristocracy*, Ran Hirschl inclusive associa a existência de um catálogo constitucional de direitos como fator propício à criação de um ambiente próspero à judicialização, eis que não somente providencia elementos para que as cortes sejam vigilantes na proteção dos

direitos fundamentais, como também permite às mesmas expandir sua jurisdição de sorte a deliberar sobre dilemas morais e controvérsias políticas significantes que atores políticos seriam relutantes ou incapazes de enfrentar (RISCHL, 2007, p. 147).

De mais a mais, a omissão parlamentar em deliberar sobre matérias controversas, mediante anuência tácita da transferência desta prerrogativa ao Poder Judiciário, permite, por exemplo, a manutenção de alianças não-programáticas de mandatos do Executivo que necessitam de uma tática de acumulação de forças, dentro do Legislativo, elástica o suficiente a garantir governabilidade. Dessa sorte, a manutenção da coexistência pacífica das siglas base de apoio no Parlamento garante a sobrevivência do Executivo.

Pela mesma lógica, oposições políticas podem beneficiar-se da judicialização em razão de preservar um espaço institucional apto a obstruir as atividades das maiorias parlamentares, que atravancam a desenvoltura da pauta da minoria no Parlamento. Diante disso, o requerimento de liminares contra eventual ato de grupo político hegemônico afigura-se como um efetivo remédio contra majoritário (HIRSCHL, 2012a, p. 48). Estudos indicam que políticos inclusive podem recorrer a Corte como forma de projeção política, sem que haja um comprometimento real com o resultado da lide (DOTAN Y.; HOFNUNG M. apud HIRSCHL, 2012a, p. 48).

3.7 Competitividade eleitoral e perda de poder político

A expectativa de perda do controle político também impacta na valorização do poder do Judiciário. Basta lembrar *Marbury v. Madison* para anuir com essa afirmação.

É que a mudança drástica da correlação de forças dentro das instâncias políticas tradicionais, leia-se Executivo e Legislativo, lança luzes sobre as trincheiras do Poder Judiciário, que passam a figurar como abrigo institucional servidor à manutenção da ideologia de elites em ruína.

No caso das democracias contemporâneas, este cenário pode apresentar-se em quadros eleitorais desfavoráveis ao partido governante,

principalmente quando há manifesta chance de derrota no próximo pleito, situação em que “é mais provável que ele apoie um judiciário poderoso para garantir que o próximo partido governante não consiga utilizar o judiciário para alcançar suas metas políticas” (HIRSCHL, 2012a, p. 51). Nestes casos, o que acontece é a tentativa de partidos em declínio de aumentar o cerco institucional aos grupos políticos em ascensão.

Da mesma forma, uma crescente contestação social da ideologia das elites políticas dominantes, traduzida em perda de espaço político no Parlamento ou em demais instâncias, propicia um cenário no qual grupos poderosos podem articular uma forma de apoio à judicialização como forma de manutenção de interesses políticos e econômicos, ou como “manobra de preservação da hegemonia” (HIRSCHL, 2012a, p. 50), mediante a deferência a um *judicial review* de amplos poderes.

Em síntese, “é a chegada da competição política, ou a emergência de uma nova constelação de poder, o que faz as elites ameaçadas descobrirem os encantos da proteção constitucional e de tribunais poderosos” (HIRSCHL, 2012a, p. 50).

3.8 Especificidades brasileiras

3.8.1 Direitos fundamentais na Constituição de 1988

A atual Constituição brasileira é a materialização do que J. J. Canotilho cunhou de Constituição-dirigente (PELUSO, 2012, p.2) Para Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

A Constituição dirigente oferece às futuras gerações um plano de desenvolvimento econômico e social. Não apenas limita a atividade governamental futura: antecipa o teor que essa atividade deve conter, definindo, mesmo que por meio de princípios gerais, a própria substância das leis a serem editadas. A decisão constituinte não vincula o legislador apenas negativamente, vincula-o também de modo positivo. Elas são típicas do constitucionalismo social (SOUZA NETO; SARMENTO, p. 63).

Imbuída deste espírito, a letra da Constituição de 1988 apresenta traços marcantes que facilitam ao Brasil seguir na tendência mundial da judicialização da política, notadamente em função de abranger um

rol extenso de direitos e garantias fundamentais no Título II, em que estão contemplados os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos da nacionalidade e os direitos políticos e partidários.

O processo de redemocratização brasileiro contribuiu para a inclusão expressa deste rol extenso de garantias no texto constitucional, porquanto o encerramento do período militar constituiu espaço fértil à positivação dos direitos e garantias fundamentais justamente em razão da sua sistemática inobservância nos anos passados.

Para Paulo Bonavides, a Constituinte de 1987-1988 foi sem dúvida aquela que mais avançou na direção de um Estado social, com vínculos estabelecidos com os direitos fundamentais, “exorcizando ao longo de vinte anos o fantasma dos golpes de Estado, lembrança funesta do passado” (BONAVIDES, 2013, p. 59).

Para Barroso, a Carta Magna de 1988 não só propõe uma constitucionalização abrangente dessa gama de direitos, “ela é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador” (BARROSO, 2008, p. 2), de tal sorte a contemplar a promessa programática de, por exemplo, saúde, educação e assistência social, de maneira a transformar em texto jurídico o anseio de direitos.

Em sentido similar, Ingo Sarlet descreve que a Constituição de 1988 é fruto de um amplo processo de discussão oportunizado justamente pela redemocratização País, “após mais de vinte anos de ditadura militar, o que refletiu diretamente na configuração do catálogo de direitos fundamentais e no sistema de garantias”. Em seguida conclui:

Em termos gerais, é possível afirmar que o sistema de direitos fundamentais acabou sendo inclusive fortalecido, o que, por sua vez, também está vinculado ao labor da jurisdição constitucional e à ampliação dos instrumentos de controle de constitucionalidade e de tutela dos direitos disponibilizados pelo constituinte. (SARLET, 2013, p. 185)

Considerando que o rol estabelecido no Título II encerra uma grande dimensão de direitos plurissignificativos, ora conflitantes entre si, tem-se que ao Judiciário brasileiro é entregue a prerrogativa de pronunciar-se a respeito de questões políticas e morais altamente controvertidas e relevantes

para a sociedade, por vezes envolvendo desacordos morais razoáveis¹², tais como conflitos entre liberdade de expressão e proteção de minorias discriminadas, sistema de cotas nas universidades públicas, aborto em casos de anencefalia, uso científico de células-tronco, liberdade e tolerância religiosa, entre outros.

3.8.2 O fortalecimento do Supremo Tribunal Federal a partir da redemocratização

O fortalecimento do Supremo Tribunal Federal desde a redemocratização apresenta-se como elemento central da judicialização da política no Brasil. Muito embora a Corte possuísse papel significativo em diferentes períodos constitucionais da História brasileira, não há comparação com a proeminência que vem ganhando nessa quadra histórica (VIEIRA, 2008, p. 442), de sorte que não há como falar em judicialização sem mencionar este fenômeno, haja vista que atualmente o Supremo compõe o imaginário coletivo do brasileiro, figurando frequentemente como protagonista – ou mínimo coadjuvante – de grande questões de repercussão nacional, seja na esfera criminal, administrativa ou propriamente constitucional.

Neste contexto, o Supremo vem assumindo poder decisório na direção de duas frentes distintas: as que tocam os desacordos morais razoáveis e aquelas pertinentes ao mundo político propriamente dito.

Quanto a primeira, a Suprema Corte ganhou notável credibilidade nos últimos anos em razão de dar a palavra final a respeito de temas morais altamente controversos, usualmente encerrando direitos ora conflitantes entre si ou que despertam tremenda sensibilidade e expectativa aos jurisdicionados.

¹² Barroso descreve que desacordos morais razoáveis são aqueles em “pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas materias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção de gestação, pesquisa com células-tronco embrionária, eutanásia/ortonásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras” (BARROSO, 2016, p. 404).

Para efeito de exemplo, elenca-se a questão das uniões homoafetivas (ADPF 132/RJ), o uso científico de células-tronco embrionárias (ADI 3.150), a permissão das biografias não autorizadas (ADI 4815), o direito de greve no setor público (MI 670/ES), a interrupção da gestação em casos de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF), as cotas raciais nas universidades (ADI 3330), a não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130), uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11) entre outros.

O segundo tipo de judicialização importa especialmente para este trabalho, eis que afeta sobremaneira o círculo político. Por vezes integrando o papel de avalista final de uma gama variada de controvérsias políticas, o Supremo definiu questões que ou o Congresso não foi capaz de dar desfecho, ou não teve vontade política de fazê-lo.

Os exemplos são variados, mas pode-se citar a participação da Corte na definição do rito do processo de impeachment da ex-presidente Dilma Roussef (ADPF 378), as controvérsias a respeito de fidelidade partidária (ADI 5018), o alcance da lei da ficha limpa (ARE 785068), a inconstitucionalidade cláusula de barreira (ADIs 1315 e 1354), os efeitos da condição de réu na linha sucessória da Presidência da República (ADPF 402), entre outros. Há ainda as questões ainda indefinidas, como o recente debate sobre a limitação do foro por prerrogativa de função (AP 937).

Este recente fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, remonta à ambição constitucional do Texto de 1988 e ao próprio desenho das competências do Supremo.

Para Oscar Vilhena Vieira, há uma série de razões para isto. A primeira questão, já bem explorada, diz respeito a regulamentação pormenorizada das relações sociais, econômicas e públicas na Constituição, o que propiciou uma enorme esfera de tensão constitucional, que por sua vez apequenou o campo de liberdade do corpo político:

Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo. Os dados são eloquentes. Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.301 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história (VIEIRA, 2008, p. 447).

O segundo ponto faz referência ao fato da Constituição ter atribuído ao Supremo Tribunal Federal funções que costumam ser repartidas em três na maior parte das democracias. São elas: a função de tribunal constitucional, de foro judicial especializado e de tribunal de recurso de última instância. No caso do STF, a primeira função é exercida mediante exercício do controle de constitucionalidade; a segunda, através de apreciação de lides envoltas pelo foro por prerrogativa de função e de questões de pequenas causas políticas. Por fim, também atua a Suprema Corte como tribunal de apelação ou última instância judicial, “revisando centenas de milhares de casos resolvidos pelos tribunais inferiores todos os anos” em razão da coexistência entre o sistema difuso e concentrado de controle de constitucionalidade (VIEIRA, 2008, p. 449).

Em especial para este trabalho, merece destaque aquilo que se refere Oscar Vilhena Vieira como pequenas causas políticas, justamente em razão do Supremo posicionar-se, cada vez mais, como deferente ao acolhimento da resolução de controvérsias dessa natureza, abandonando vagarosamente a reserva que detinha sobre questões dita *interna corporis*. Neste sentido, Vilheira arremata que desconhece “*outro tribunal supremo do mundo que faça plantão judiciário para solucionar quizílias, que os parlamentares não são capazes de resolver por si mesmos*” (VIEIRA, 2008, p. 449).

Neste ponto ganha contornos bem definidos aquilo que Ran Hirschl descreveu como a possibilidade de eventuais grupos minoritários utilizarem-se de medidas liminares para driblarem a política majoritária (HIRSCHL, 2012, p. 48). É que a medida que o Supremo exerce papel contra majoritário, este descompasso pode pender para o lado das siglas menores no Congresso Nacional e reverter o resultado de determinações regimentais, quando não de votações propriamente ditas, como por exemplo, o anulamento da votação na Câmara Federal do PL nº 4.850/2016, em sede do Mandado de Segurança nº 34.530/DF impetrado pelo deputado federal Eduardo Bolsonaro (PSC-SP), de lavra do ministro Luiz Fux, que será objeto de maior detalhamento no próximo capítulo.

Há também fatores de ordem midiática que aumentam o fluxo

da influência do Supremo Tribunal Federal sobre a ordem do dia nacional. Neste sentido, Barroso assevera que diversas circunstâncias alçaram o Supremo Tribunal Federal às manchetes dos jornais, em seções de política, economia, ciência e política, principalmente nessa última, fato agravado pela transmissão direta dos julgamentos da Corte na TV Justiça (BARROSO, 2008, p. 1).

Oscar Vilhena Vieira acolhe entendimento similar:

Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada *habeas corpus* polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela *internet*, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito (VIEIRA, 2008, p. 442)

Dessa sorte, o Supremo Tribunal Federal gradativamente ganhou significativo espaço na paisagem institucional brasileira, conferindo-lhe maior legitimação social para tratar das questões nacionais. Barroso, por sinal, acredita que esta visibilidade concedida ao Supremo, em um país com o histórico como Brasil, é positiva em razão de oportunizar o acompanhamento dos trabalhos de 11 pessoas bem preparadas e bem intencionadas, pois que “a visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social, e em última análise, para a democracia” (BARROSO, 2008, p. 1).

Fato é que este agigantamento do STF impacta significativamente no processo de judicialização da política no Brasil, eis que, chancelado pela Constituição e aprovado por parcela da população, o Tribunal não só ganha predisposição política e jurídica para pronunciar-se sobre questões relevantes de ordem moral, ao invés de realizar um exercício de autocontenção, como também pode dispõe-se a resolver litígios de ordem política internos ao próprio Parlamento, principalmente quando provocado por estes.

3.8.3 Desenho institucional: a amplitude do sistema de controle de constitucionalidade

Outra característica jurídica que dá forma à judicialização da política no Brasil é o amplo sistema de controle de constitucionalidade instalado, que é híbrido, pois mistura tanto características do modelo americano quanto do modelo austríaco, resultando, portanto, na multiplicação da tarefa do Judiciário de decidir sobre direitos constitucionalizados de forma concentrada e difusa.

Não obstante, a parcela europeia do sistema brasileiro de constitucionalidade tem suas especificidades próprias, que sobremaneira contribuem ainda mais para o processo de transferência da pauta política para o Judiciário, nomeadamente para o Supremo Tribunal Federal.

É que a Constituição brasileira de 1988, sem precedentes, inaugura um sistema de controle de constitucionalidades que contempla um amplo rol de legitimados a propor ações diretas, sendo estes, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. A amplitude do rol de legitimados, de acordo com Lênio Streck e Gilmar Ferreira Mendes, “fortalece a impressão de que o constituinte pretendeu reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente” (STRECK; MENDES, 2013, p. 1.410).

Some-se a isso a multiplicidade de ações diretas conferidas pelo texto constitucional, tais como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade e as duas hipóteses de especiais de controle, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta interventiva.

Tais condições institucionais conferiram instrumentos aptos à

solução de controvérsias que o Congresso não teve habilidade ou vontade política de despachar, e, por consequência, designaram um sistema em que o Supremo ganhou ainda mais terreno para adentrar em questões de ordem moral, política, social e econômica.

Toma-se como exemplo emblemático a questão do financiamento empresarial de campanha. Em meados de 2013, esteve em curso uma articulação da sociedade civil organizada em torno de um projeto de reforma política. A *Coalizão pela Reforma Política Democrática e Eleições Limpas*, capitaneada pelo Conselho Federal da OAB, União Nacional dos Estudantes e CNBB, tinha como objetivo o recolhimento de assinaturas suficientes a constituir um projeto de lei de iniciativa popular, cujo eixo central era o fim do financiamento de campanhas eleitorais por parte de pessoas jurídicas. A matéria também foi objeto do PL nº 6.148/2013, de autoria do deputado federal Henrique Fontana (PT-RS).

Sem embargo, o Congresso Nacional, em sua maioria, não tomou parte da discussão. Ato contínuo, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do dispositivo de lei que permitia a doação eleitoral por pessoas jurídicas, mediante controle concentrado de constitucionalidade.

3.8.4 O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e interesses corporativistas

Boa parte da defesa do controle de constitucionalidade tem como fundamento, em última análise, o discurso da prevalência dos direitos fundamentais, como viu-se no primeiro capítulo deste trabalho. É que o controle serviria precisamente para garantir a conformidade da legislação infraconstitucional com o texto da Constituição, para que o legislador ordinário não pudesse desvirtuar substancialmente da essência do projeto político contido na Carta Magna, que, sabidamente, é primorosa no detalhamento dos direitos a serem resguardados.

Entretanto, uma pesquisa recente realizada pela Universidade de Brasília (COSTA; BENVINDO, 2013) examinou todas as ações diretas de

inconstitucionalidade propostas de 1988 até 2012 no País. O estudo questiona a realidade prática do discurso dos direitos fundamentais e aponta que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro funciona, em maior parte, como mecanismo de alcance de determinados interesses de corporações do País, de todas as ordens.

Os dados indicam que a Presidência da República, as Mesas do Senado e da Câmara e as Assembleias Legislativas dos Estados foram quase que inexpressivos no uso destes mecanismos, representando um total de 2% das ações diretas de inconstitucionalidade. De outra banda, os partidos políticos, as entidades de classe, o Procurador-Geral da República e os governadores representaram, cada um, de 20 a 30% das ADIs.

No caso dos governadores, as características das decisões do Supremo apontam que elas beneficiaram diretamente os mandatários. Dessas, 20% referem-se à as controvérsias envolvendo a Assembleia Legislativa local quanto à iniciativa privativa dos chefes do executivo no tocante a determinadas matérias de direito administrativo, “portanto fica claro que os conflitos políticos intra estaduais são responsáveis pela grande maioria dos processos e decisões” (2013, p. 75).

As ações propostas pelos partidos políticos, por sua vez, são majoritariamente voltadas à interesses institucionais e oportunidades político-eleitorais, pois que se dirigem à impugnação de normas de direito eleitoral ou regras que impactam na distribuição dos cargos eletivos. Apesar dos partidos políticos, em sua gênese, funcionarem como um fértil espaço de articulação em torno de direitos a serem conquistados ou preservados, a pesquisa revela que as ações propostas pelas siglas ficaram abaixo da média em matéria de direitos fundamentais.

No caso das ações propostas pelas entidades corporativas, os estudos salientaram que, de todas as vezes que estas corporações propuseram ADIs, somente uma pode ser interpretada como uma defesa reflexa de interesses gerais, que se tratava a respeito da anulação de uma regra do Estatuto da OAB que tornava nulo qualquer contrato que retirasse dos advogados o direito aos honorários de sucumbência.

A pesquisa conclui asseverando que as características das decisões e dos atores envolvidos, somado à jurisprudência restritiva do Supremo Tribunal Federal quanto a legitimidade de proposição, implicou num modelo de controle concentrado de constitucionalidade que subverte a lógica da proeminência do interesse público sobre o privado, pois favorece a garantia de interesses institucionais ou corporativos, em contraposição à noção ideal de que o controle serviria para oferecer proteção adequada aos direitos fundamentais.

3.9 Ativismo Judicial e judicialização

“A judicialização e o ativismo judicial são primos” (BARROSO, 2008, p. 3). A diferenciação caricata que Barroso propõe sobre a judicialização da política e o ativismo judicial reflete a proximidade entre os dois fenômenos, ao mesmo tempo que enaltece suas diferenças. É que embora os termos possam sugerir expressões de sentido semelhantes, pois que de fato possuem certa similaridade, ambas se distinguem consideravelmente, e importa neste trabalho esclarecer estas particularidades para que não sejam trocadas sem compromisso semântico.

Como já mencionado detalhadamente, a judicialização da política é o fenômeno manifestado pelo deslocamento de questões políticas significativas em direção ao Poder Judiciário, questões outrora destinadas à deliberação nas instâncias políticas tradicionais. Este processo é um fenômeno global e multifacetado, podendo diversas razões figurarem como fundamento de sua existência, como a constitucionalização abrangente de determinado sistema normativo, a prevalência do discurso dos direitos fundamentais, a crise de representatividade do Poder Legislativo e o interesse da própria classe política no aprofundamento da judicialização, como forma de esquivar-se de questões eleitoralmente desgastantes ou também garantir um espaço institucional destinado à preservação da pauta e da atuação de minorias políticas, propiciar a sobrevivência política da agenda de elites em decadência e aumentar o cerco político à partidos em ascensão. No tocante à realidade brasileira, cita-se também a implicação do amplo rol

de direitos fundamentais contidos no Título II da Constituição Federal de 1988, a coexistência do sistema concentrado e difuso de controle de constitucionalidade, o variado catálogo de ações diretas, o extenso quadro de legitimados à propositura de ações diretas e a crise de representatividade do Poder Legislativo.

O ativismo judicial diferencia-se da judicialização da política precisamente por pressupor um comportamento proativo do juiz, notável por inovar dentro da ordem jurídica ou por lançar mão de interpretações extensivas que preencham lacunas normativas não necessariamente reservadas ao Poder Judiciário. Para Barroso, há por certo uma “maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios” (BARROSO, 2016, p. 389).

A prática do que se denominou ativismo judicial¹³, portanto, pode se dar em meio a certo processo que esteja judicializando uma questão eminentemente política, mas disso não decorre que sairá daí uma decisão judicial ativista, pois que sem o elemento da pró atividade não há propriamente ativismo judicial.

Objetivamente, o ativismo judicial costumeiramente está associado à decisões que aplicam diretamente a Constituição em casos não expressamente contemplados por seus dispositivos e à imposição de condutas, positivas ou negativas, ao Poder Executivo mediante o controle judicial de políticas públicas, por mais que haja uma variada gama de exemplos que possam encaixar-se neste conceito.

Para Daniel Sarmiento, ainda, alguns autores justificam o ativismo judicial a partir de uma concepção crítica sobre a política majoritária, “mas que ignora as inúmeras mazelas que também afligem o Poder Judiciário, construindo-se teorias a partir de visões românticas e idealizadas do juiz” (SARMENTO, 2009, p. 13), o que não necessariamente condiz com a

¹³ Barroso resgata a história ao lembrar que “*ativismo judicial* é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo deste período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzia por uma jurisprudência progressista em matérias de direitos fundamentais (BARROSO, 2016, p. 395).

realidade da magistratura brasileira, ou que ao menos subestima a capacidade dos atores políticos.

Contribui significativamente para o desenvolvimento do ativismo judicial a adoção das teses neoconstitucionalistas, já desenvolvidas em tópico anterior, na medida em que propõem um reencontro entre o direito e a moral em nome da concretização dos direitos fundamentais. Sob esta ótica jurídica, a noção tradicional da separação dos poderes é flexibilizada e, por corolário, a política majoritária dá espaço à fiscalização de juízes não eleitos cujo foco hermenêutico não reside nos códigos e na lei formal, mas na centralidade da Constituição, na ubiquidade da sua influência na ordem jurídico e no papel criativo da jurisprudência (SARMENTO, 2009, p. 4).

Ativismo judicial é, portanto, um fenômeno que se destaca pela participação proativa do magistrado (ou do colegiado, ou da Corte, diga-se) na construção da solução de determinada controvérsia a si trazida, com base na crença de um papel criativo da jurisprudência, que pode configurar certa inovação na ordem jurídica e invadir esfera típica dos outros Poderes.

4 PERSPECTIVA CRÍTICA: CONTROLE PREVENTIVO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No primeiro capítulo buscou-se fazer um exame geral sobre o controle de constitucionalidade, até que desceu-se às especificidades do modelo preventivo jurisdicional criado a partir da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à sindicabilidade de atos que tocam regras formais do processo legislativo e à interpretação do § 4º, artigo 60 da Constituição Federal.

Já no segundo, visitou-se as questões relacionadas ao processo global de judicialização da política, analisando-se pontualmente os diversos ângulos que pretendem explicá-lo. Neste mesmo capítulo, também, analisou-se o processo de judicialização da política enquanto fenômeno brasileiro, cuidando de explorar suas peculiaridades. Em ambos os casos, optou-se por perfazer um estudo que abordasse determinante jurídicos e políticos, com base na noção de que a relação entre direito e política é marcada por grande interação, principalmente na área constitucional.

Neste terceiro e último capítulo, pretende-se abordar pontos de vista críticos à judicialização da política e ao controle preventivo jurisdicional, finalizando-o com uma breve análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre mandado de segurança impetrado por parlamentar, em episódios que o Tribunal foi instado a exercer um controle preventivo de constitucionalidade.

4.1 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Judicializar a política suscita dúvidas quanto a legitimidade do Judiciário de pronunciar-se sobre tais questões, pois é natural supôr que as arenas majoritárias são mais representativas se comparadas ao Poder Judiciário. Isto se dá basicamente por duas razões, complementares entre si.

A primeira é de ordem numérica, muito embora tenha que se ter no radar de que tais dados correspondem a um fator político de grande magnitude. É que, sabidamente, o Poder Legislativo brasileiro é composto por mandatários eleitos democraticamente, mediante sufrágio direto, secreto, universal e periódico, observando-se a regra do sistema proporcional. É da própria redação constitucional a afirmação de que “a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo” (BRASIL, 1988).

Abra-se um parêntese para especificar que a eleição das vagas do Senado Federal opera-se de forma distinta, haja vista que o texto constitucional determina que o Senado será composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos de acordo com o princípio majoritário. Entretanto, a realidade prática sugere um afastamento do Senado da sua função original. Para Gonet Branco, este fenômeno é explicado pela nacionalização das agendas partidárias em detrimento dos interesses meramente regionais (GONET BRANCO, 2012).

O fato é que, ao final do dia, o Senado representa também uma parcela da população brasileira, o que lhe confere irremediavelmente a qualidade de representativo, embora a essência original dessa representação resida em interesses regionais.

Dessa patente constatação, decorre que o Poder Legislativo possui legitimidade democrática para fazer valer sua prerrogativa constitucional de legislar, de tal sorte que põe-se em xeque a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, composto por 11 ministros, de sobrepor-se à vontade de 513 deputados federais e 81 senadores da república, todos sufragados ao total por mais de uma centena de milhões de votos. Dessa confrontação numérica extrai-se o que foi denominado pela teoria constitucional de dificuldade contramajoritária, traduzido, no caso brasileiro, pelo fato do Supremo Tribunal Federal exercer, por vezes, um papel que dirige-se na contramão do desejo das maiorias políticas.

Soma-se a isso a observação de que os mandatários são eleitos democraticamente – e essa é a segunda razão que suscita dúvidas quanto a legitimidade do Judiciário –, em contraposição ao método de ingresso na

carreira da magistratura, que pode dar-se pela realização de concurso público de provas e títulos ou mediante nomeação feita pelo chefe do Poder Executivo, que é o caso dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Por via de lógica, o voto de confiança do eleitor dado ao parlamentar figura como o tíquete de legitimidade para legislar de acordo com sua vontade, o que é a feição típica das democracias representativas. E é justamente a sujeição do parlamentar à sabatina do voto, isto é, à pressão política, que fornece ao eleitor a garantia de instrumento apto a trocá-lo no próximo pleito na eventualidade de frustrar-se com a atuação do mandatário que ajudou a eleger. A periodicidade do momento de escolha dos representantes, portanto, afigura-se como um ponto de preservação mínimo da capacidade do povo de opinar sobre os rumos do País. No momento em que entrega-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para decidir sobre as grandes questões nacionais, perde-se esta garantia haja vista que os ministros do Supremo tem mandato vitalício.

Em sentido similar, Ran Hirschl descreve que tal transferência representa uma revogação de alta monta de responsabilidade política, senão de abdicação deste poder, por legisladores cuja tarefa principal é de tomar decisões políticas perante as quais eles são responsabilizáveis. Assim sendo, uma excessiva confiança nos tribunais para determinar contenciosamente questões eminentemente políticas enfraquece a própria essência da política democrática, enquanto uma iniciativa envolvendo um relativamente aberto, às vezes controverso, mas seguramente responsabilizável processo de deliberação feito por representantes eleitos (HIRSCHL, 2007, p. 187). Ainda, o empoderamento judicial permite a juízes que sejam menos responsabilizáveis perante a esfera política e a afastarem-se das preferências políticas daqueles mesmos que decidiram delegar os poderes de decisão aos tribunais (HIRSCHL, 2007, p. 210).

Barroso opina que há duas razões que conferem legitimidade ao Supremo para invalidar decisões dos que exercem mandato popular; uma de ordem normativa, outra de natureza filosófica. O fundamento normativo é expressado pela vontade constitucional, na medida em que a própria Constituição concede este poder ao Supremo Tribunal Federal, repetindo a

tendência de alguns Estados democráticos que entregam parcela do poder político à agentes públicos não eleitos. A razão filosófica encontra respaldo na noção de que o Estado constitucional democrático é fruto da interação, como o nome próprio sugere, entre constitucionalismo e democracia, isto é, de um lado a limitação do poder e a observância aos direitos fundamentais, de outro a vontade da maioria. Admitindo-se que desta relação possam eventualmente surgir conflitos, o papel do Supremo Tribunal Federal seria resguardar os direitos fundamentais ante a imposição de escolhas de maiorias políticas circunstanciais. É emblemático o exemplo dado por Barroso:

Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos (BARROSO, 2016, p. 394).

Em sentido similar, Ronald Dworkin defende que as democracias que operam mediante a “deferência a maiorias temporárias em assuntos de direitos individuais é brutal e estranho, e muitas outras nações com tradição democrática consolidada atualmente rejeitam esta possibilidade” (DWORKIN apud WALDON, 2009, p. 245).

De outra ponta, Jeremy Waldon critica severamente a legitimação do *judicial review* e questiona a ideia da incompatibilidade entre democracia e direitos individuais. Para tanto, defende que a noção de que uma pessoa detém direitos expressa a medida da confiança nos poderes morais do indivíduo de pensar responsabilmente na relação entre seus interesses e interesses alheios:

A posse desta capacidade – um espécie de senso de justiça – é o fundamento sobre o qual se funda a convicção de que homens e mulheres são plenamente capazes de participar de forma responsável no governo de sua sociedade. É sobre esta mesma convicção que se funda a atribuição dos direitos (WALDON, 2009, p. 251).

Neste sentido, as visões mais críticas ao *judicial review* vão justamente no sentido de valorizar a capacidade popular de tomar decisões por conta própria através de uma instituição eleita e representativa, ao contrário de delegar estas escolhas à instituições não eleitas, mesmo que

para isto esteja-se à mercê de errar por si mesmo, o que seria melhor que ter um erro alheio imposto sobre si (WALDON, 2009, 258).

A controvérsia, portanto, que permeia todo este debate gravita em torno da concessão da prerrogativa de dar palavras finais sobre decisões de grande repercussão. Decisões políticas, em última análise, que afetam sobremaneira os indivíduos que compõe determinada nação. Para defensores do *judicial review*, como Barroso, conferir esta palavra ao Supremo Tribunal Federal serve como um remédio à ditadura da maioria. Sob este ângulo, Jeremy Waldon adverte que a ditadura da maioria é somente uma das formas de tirania, isto é, todos os demais sistemas políticos estão suscetíveis aos riscos do processo deliberativo majoritário; “eles podem errar, eles podem ter um efeito injusto sobre determinados indivíduos ou grupos, ou seja, eles podem agir de modo ditatorial”, incluindo-se aí o governo do judiciário (WALDON, 2009, p. 265):

Porém, eles têm uma deficiência no que tange à legitimidade que a deliberação majoritária não tem: trata-se de formas de governo que não permitem o voto e a opinião de todos os indivíduos nos procedimentos deliberativos; em vez disso, eles tomam decisões finais a respeito dos direitos de milhões com base nas vozes nos votos de apenas alguns (WALDON, 2009, p. 265).

De mais a mais, considerando que a judicialização da política implica no deslocamento do processo decisório do Legislativo ao Judiciário, por certo que este fenômeno joga luzes sobre a questão da separação dos Poderes.

É evidente que no modelo institucional brasileiro não prevalece uma teoria propriamente ortodoxa de separação dos Poderes. Veja-se que o Executivo pode editar medidas provisórias com força de lei e julgar defesas e recursos administrativos. O Legislativo possui a prerrogativa de dispor sobre sua organização de pessoal, prover cargos e licenças a servidores, sem esquecer da competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. O Judiciário, além das funções administrativas, pode, por exemplo, editar seu próprio regimento interno dotado de força normativa. Não obstante, nada disso necessariamente concorre para enfraquecer o modelo tripartite. Ao contrário, funções como a de conduzir o processamento de *impeachment*, por exemplo, atuam justamente na esteira do controle por

freios e contrapesos. Neste sentido, o desenho institucional brasileiro permite a atribuições de funções atípicas aos Poderes sem que para tanto se afaste da noção de separá-los.

Neste contexto, a crescente do Judiciário, e no caso brasileiro a do Supremo Tribunal Federal, opera por vezes em sentido oposto, isto é, trabalha com força de diminuir a capacidade institucional dos demais Poderes. Veja-se por exemplo, a questão do ativismo judicial no controle de políticas públicas, no caso do Poder Executivo, e o anulamento das deliberações do processo político majoritário, no caso do Poder Legislativo – que importa mais para este trabalho.

Neste sentido, John Ferjohn (2012, p. 89), abordando o exemplo norte-americano, adverte que a prática de judicializar a política levanta questões de separação de poderes e pode ter o efeito de forçar o Poder Legislativo a agir como um tribunal no momento em que discutem-se as leis, o que ele admite que pode servir como forma de garantia de liberdades protegidas, mas que em última análise configura-se como um instrumento de negação da capacidade de ser “democraticamente responsável perante o povo por governar”:

A Corte pode criar normas nessa área sob as mesmas circunstâncias nas quais pode criar normas em geral, mas, exclusivamente nessa área, a Corte não está simplesmente criando normas, ela está forçando o legislativo a alterar procedimento e processos internos; ele é forçado a tornar as decisões legislativas mais parecidas com as decisões judiciais (FEREJOHN, 2012, p. 89)

O caso do controle preventivo de constitucionalidade exercido pelo Supremo, veja-se, aproxima-se exatamente desta noção, o que suscita questionamentos a respeito dos seus limites, principalmente a respeito de tal prática configurar, por vezes, o impedimento do Congresso Nacional em legislar em contrariedade ao entendimento dos ministros do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria, o que afrontaria, seguramente, a noção de separação dos Poderes. Importa lembrar que, neste caso, o Supremo tão-só anula determinado processo legislativo, isto é, atua negativamente, ao contrário de positivizar determinado dispositivo de lei.

Some-se a todo esse quadro as afirmações anteriores, de que no Poder Legislativo reside legitimidade democrática para legislar, em contraposição à dificuldade contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, e pode-se chegar à noção de que o controle preventivo de constitucionalidade exercido pelo Supremo controverte-se justamente por faltá-lo a sabatina do voto para substituir as funções parlamentares, mesmo que negativamente.

Pode-se afirmar, portanto, que judicializar a política mediante a ampliação dos poderes do *judicial review*, implica no enfrentamento de riscos à legitimidade democrática e à separação dos Poderes, na medida em que confere uma prerrogativa de um Poder a outro sem contar que a estrutura desta competência, de legislar, tem como fundamento essencial o sufrágio popular. Aprofundar este fenômeno pode, por vezes, significar não só o agigantamento do Poder Judiciário, mas também o esvaziamento gradativo das faculdades constitucionais do Poder Legislativo.

4.2 A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Viu-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal gradativamente vem aceitando certas formas de controle preventivo de constitucionalidade exercidas pelo próprio Tribunal, notadamente quando da tramitação de matéria que tenda a abolir cláusula pétrea, nos termos do § 4º, artigo 60 da Constituição Federal, e em casos de patente violação às regras constitucionais do processo legislativo. Viu-se também que embora a jurisprudência seja receptiva neste sentido, não há no texto constitucional a previsão expressa desse mecanismo, sendo fruto único e exclusivo do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que consolidou a legitimidade passiva de parlamentar para suscitá-lo mediante a impetração de mandado de segurança.

A redação constitucional é suficientemente clara ao estabelecer que não será objeto de deliberação parlamentar a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, os direitos e garantias

individuais. Entretanto, a Constituição não estabelece a operacionalização deste impedimento, de sorte que a assunção desta prerrogativa por parte do Supremo Tribunal Federal não é necessariamente uma decorrência lógica do § 4º, artigo 60 da Constituição Federal, mas uma interpretação constitucional que expande a competência da Corte sobremaneira, com reflexos significativos no processo legislativo e na judicialização da política.

Manoel Gonçalves Filho acredita que é possível o controle jurisdicional do processo legislativo com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição e na nulidade do ato inconstitucional, excluindo-se dessa conta a possibilidade de apreciação de atos *interna corporis* atinentes às normas regimentais do Parlamento (FERREIRA FILHO, 2014, p. 276), restringindo-se, portanto, à apreciação de ato formal violador de preceito constitucional.

Difícilmente foge-se desta linha de raciocínio, haja vista que não há pretexto juridicamente razoável apto a justificar o afastamento da apreciação judicial de ato que patentemente conflite com as disposições constitucionais sobre a forma processo legislativo, eis que a judicialização da inobservância à estes preceitos não invade a competência legislativo do Congresso Nacional, mas tão-somente resguarda a execução das regras do jogo democrático. Isto é o que denomina-se como a hipótese excepcional de parlamentar resguardar seu direito ao devido processo legislativo (SARLET, 2013, p. 1131). Isto é, trata-se especificamente de uma intervenção do Supremo Tribunal Federal a respeito do procedimento a ser observado para a viabilizar a tomada de decisão final pelo próprio Congresso Nacional. Não há, no caso, uma usurpação do direito de deliberação política das arenas majoritárias, mas uma preservação da forma constitucional de deliberação.

No tocante ao processamento de matéria tendente a abolir cláusula pétrea, a questão ganha outra coloração na medida em que adentra-se no âmbito do mérito legislativo, reservado exclusivamente ao Parlamento. É que, como dito alhures, a expansão da competência da Corte para sobrestar o processamento de matéria que encontre limite do § 4º, artigo 60, não é necessariamente uma decorrência lógica da redação constitucional. Admitindo que a norma faz referência à tramitação de matéria dentro do Congresso Nacional, é razoável supor que este controle material seja

delegado aos órgãos próprios do Parlamento, nomeadamente às Comissões de Constituição e Justiça. Cabe lembrar que a função institucional destas comissões é essencialmente realizar um controle preventivo de constitucionalidade. Absolutamente nada impede, diga-se, que o Supremo Tribunal Federal anule a emenda após a aprovação pelo Parlamento, antes mesmo da sua entrada em vigor mediante acolhimento de, por exemplo, ação direta de inconstitucionalidade, sem que haja prejuízo prático algum. E há fortes razões democráticas para isto.

Perceba-se que na medida em que não há uma regra constitucional que expressamente conceda ao Supremo a prerrogativa de realizar um controle preventivo de constitucionalidade, e que tampouco explique como fazê-lo, há uma grande área cinzenta quanto à definição do momento em que o Supremo Tribunal Federal pode atuar nesta situação. Assim sendo, a possibilidade de acolhimento de eventual mandado de segurança impetrado por parlamentar em meio à tramitação legislativa implica em reduzir a liberdade do Congresso de resolver seus problemas por conta própria, de igual maneira que reduz a oportunidade do próprio Parlamento expor razões constitucionais que passem despercebidas pelo exame jurisdicional.

Naturalmente, as arenas políticas majoritárias guardam enorme grau de relação com a pluralidade política social existente, de modo que as deliberações congressuais contemplam diversas razões políticas que por vezes o Poder Judiciário não detecta. Por exemplo, pautas que geram muita controvérsia no Congresso costumam ser precedidas de amplos debates, mediante a instauração de audiências públicas, ou mesmo impactam significativamente na sociedade civil de sorte a implicar em articulações de grupos de pressão para expor determinados pontos de vistas por vezes ignorados. No mais, é de se esperar que um Congresso Nacional, composto por 513 deputados e 81 senadores, traga uma variada gama de pontos de vistas que poderiam escapar aos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal em meio ao julgamento prematuro da inconstitucionalidade de determinado projeto de emenda constitucional.

No mais, sabe-se que o processo legislativo se dá, por natureza, em meio ao âmbito político, que é marcado pelo conflito de interesses representantes de uma variada gama de segmentos da sociedade. Ademais, a tramitação de uma matéria no Congresso Nacional, do início ao fim, passa por uma série de etapas diferentes, como a deliberação nas mais variadas comissões temáticas, até que chegue ao Plenário. Tais condições conferem grande dinamicidade ao texto legislativo, pois que fica a todo tempo suscetível ao influxo de fatores de ordem política de sorte que o transcurso da tramitação pode alterá-lo significativamente. São exemplos: determinada comissão temática pode ter uma conjuntura política mais favorável a um lado do espectro político, enquanto outra subsequente assopre em direção contrária. Algum dia de deliberação pode ser marcado por amplas manifestações populares a ponto de influenciar parlamentares até então com opiniões pré-estabelecidas. Até a tática de obstrução parlamentar influi neste caso, haja vista que as maiorias consolidadas em determinada instância podem ter que recuar em algum ponto de tensão do dispositivo em debate para que haja uma composição de interesses, a ponto de viabilizar a aprovação do projeto.

O que se quer dizer é que a sobreposição prematura de projeto de emenda constitucional impede que o Legislativo tenha tempo para resolver por conta própria a tramitação de matéria tendente a abolir cláusula pétreia. Na hipótese da própria Comissão de Constituição e Justiça, do Senado Federal ou da Câmara, não reconhecer a impossibilidade da tramitação de determinada matéria, é possível que os parlamentares componham interesses, mudem de opinião, sofram pressões políticas populares ou governamentais, ou mesmo não cheguem a aprovar a matéria – sem mencionar a possibilidade do Poder Executivo opor veto com base em inconstitucionalidade, no caso específico de aprovação de lei ordinária que viole a Constituição. Veja-se que não há impedimento para que o Supremo Tribunal Federal venha, posteriormente, a declarar a inconstitucionalidade da emenda ou lei aprovada.

Neste sentido, ilustra bem o argumento o trecho de voto do ex-ministro Moreira Alves, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança

nº 20.257, ainda sob a égide do texto constitucional anterior, que merece transcrição por sua importância histórica:

Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que 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, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1980).

Sob a ótica da judicialização da política, a intervenção prematura da palavra do Supremo Tribunal Federal implica pôr fim a um processo eminentemente político com condições de ser resolvido pela própria arena política, detentora de legitimidade democrática para realizá-lo. Em direção oposta, o controle preventivo de constitucionalidade praticado pelo Supremo pode significar imposição da retirada da prerrogativa de, por exemplo, 513 deputados decidirem sobre uma questão política de alta relevância e entregá-la à 11 ministros do Supremo Tribunal Federal, por uma aparente contradição ao disposto no § 4º, artigo 60 que poderia desvanecer com o transcurso da tramitação. Veja-se que, na prática, o custo a ser pago por eventual autocontenção do Supremo Tribunal Federal nestes casos é relativamente baixo, na medida em que, por mais esdrúxula que seja a matéria aprovada, o Supremo pode torná-la nula antes da sua entrada em vigor, de modo que não surtiria efeitos na hipótese de ser deliberada pelo Congresso, sem intervenção prematura do Supremo. Esta autocontenção abre portas para o que Jeremy Waldon, repita-se, qualifica como a escolha de errar por si mesmo, ao invés de ter um erro alheio imposto sobre si, mediante a valorização do processo decisório realizado pelas instituições democraticamente eleitas (WALDON, 2009, p. 258).

No mais, observa-se que a mesma possibilidade de sobreposição prematura do processo legislativo, se ampliada, concede uma margem de manobra contramajoritária às siglas políticas pouco representativas, eis que podem lançar da mão do controle preventivo de constitucionalidade

justamente para barrar o seguimento da agenda política das maiorias constituídas no Congresso Nacional, mediante o peticionamento de liminares que visem impedir a tramitação de projeto de lei com alta expectativa de aprovação, cujo teor político não coadune com a bandeiras dessas siglas minoritárias, materializando aquilo que Ran Hirschl destacou em *Judicialização da Megapolítica* (HIRSCHL, 2012a, p. 48). Este controle preventivo, diga-se, não figura nas hipóteses excepcionais admitidas em regra pelo Supremo, pois não tratam de regras constitucionais do devido processo legislativo ou de limitação em função de cláusula pétreia, mas de simples projeto de lei aparentemente inconstitucional ou de infringimento de questões regimentais.

Exemplo emblemático dessa ampliação é o da decisão liminar do ministro Luiz Fux em sede do Mandado de Segurança nº 34.530/DF, impetrado pelo deputado Eduardo Bolsonaro (PSC-SP), que determinou o anulamento da votação do PL nº 4.850/2016 realizada na Câmara dos Deputados, sendo que o projeto ainda seguiria para o Senado Federal, onde era possível que sofresse modificações. Importa dizer que a decisão não se baseou na intangibilidade de cláusulas pétreas, mas em questões de ordem regimentais, o que coloca em maior evidência os riscos da ampliação do controle preventivo de constitucionalidade. Como viu-se no primeiro capítulo, as normas regimentais do Parlamento não possuem estatura constitucional e, portanto, não devem figurar como objeto de controle de constitucionalidade, mas a jurisprudência do Supremo, como dito outrora, oscila quanto a sindicabilidade dos atos *interna corporis*, de modo que por vezes o Supremo invade a esfera propriamente política para regular as disputar parlamentares.

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal, em regra, inadmite o controle preventivo de constitucionalidade para sobrestar o simples processamento de lei, pois que a jurisprudência direciona-se no sentido permitir o controle prévio, excepcionalmente, quando da tramitação de projeto de emenda constitucional tendente a abolir cláusula pétra. Como viu-se, porém, tal entendimento vem sendo flexibilizado, o que será objeto de maior detalhamento no próximo tópico.

4.3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por derradeiro, propõe-se uma análise de dois julgados do Supremo Tribunal Federal para abordar a forma como constrói-se a argumentação da Corte no sentido de deferir mandado de segurança impetrado por parlamentar que resulte em controle preventivo de constitucionalidade. Para tanto, escolheu-se dois casos que remontam a tipos diferentes de controle. O primeiro faz referência majoritariamente à hipótese de controle com base em projeto de emenda constitucional que seja tendente a abolir cláusula pétrea. O segundo diz respeito propriamente à inobservância de preceitos constitucionais do devido processo legislativo e à questões regimentais do Parlamento.

Para tanto, escolheu-se o Mandado de Segurança nº 24.138/DF, caso paradigmático em que é bem descrito o entendimento da Corte acerca do sobrestamento de projeto de emenda constitucional que conflite com cláusula pétrea, nos termos do § 4º, artigo 60 da Constituição; relativamente à questão do devido processo legislativo, optou-se por analisar a medida cautelar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 34.530/DF, de lavra do ministro Luiz Fux, impetrado pelo deputado federal Eduardo Bolsonaro (PSC-SP).

4.3.1 Mandado de Segurança nº 24.138/DF

O Mandado de Segurança nº 24.138/DF, impetrado pelo deputado federal Rubens Bueno (PPS-PR) expressa um conjunto de questões atinentes aos limites do controle preventivo, na medida em que se volta contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que determinou o envio ao plenário do Parlamento o texto do Projeto de Lei nº 5.483/2001, de autoria do Poder Executivo, para que fosse deliberado pelos mandatários. O julgado portou a seguinte ementa:

Mandado de Segurança. 2. Processo Legislativo: Projeto de Lei. 3. Controle de constitucionalidade preventivo. 4. Conflito de atribuições. 5. Comprometimento do modelo de controle repressivo e do sistema de divisão de poderes estabelecidos na Constituição.

6. Mandado de Segurança indeferido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2002)

Controvertia-se especificamente a respeito da alteração do então artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho, para que assim constasse:

Art. 618. As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúdo trabalho.

Em síntese, trata-se de uma velha (e atual) polêmica acerca da legislação trabalhista brasileira, que gravita em torno da prevalência das disposições contida em convenções de trabalho sobre as normas da lei positivada, que é popularmente conhecida como a lógica do acordado sobre o legislado. O parlamentar impetrante alegava que a mencionada alteração contrariava preceitos arrolados no artigo 7º da Constituição Federal, que designam direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, elevados a estatura de cláusula pétrea.

A autoridade coatora, o Presidente da Câmara dos Deputados, alegou não haver quaisquer sinais de contrariedade ao § 4º, artigo 60 da Constituição, sendo que o juízo de constitucionalidade de caráter terminativo já havia sido exercido pela própria Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Com base nessas alegações, argumentou não haver qualquer ilegalidade no ato praticado e inexistir a previsão de controle de constitucionalidade prévio sobre projetos legislativos, pois que o entendimento do Supremo aplicaria-se somente à tramitação de projeto de emenda constitucional.

Em sede do despacho que apreciou o pedido liminar, foi reconhecida a legitimidade do parlamentar para impetrar mandado de segurança com o objetivo de garantir direito público subjetivo no sentido de não ver submetida à votação proposta de emenda ao texto constitucional que contrarie o § 4º, artigo 60 da Constituição:

[...] 3. Tem-se reconhecido, entretanto, ao parlamentar – deputado federal ou senador – legitimidade ativa a requerer mandado de segurança, para garantir direito público subjetivo de que titular no sentido de não ver submetida à deliberação proposta de emenda à Lei Magna da República, nas hipóteses em que a própria

Constituição obsta logre curso o processo legislativo, que, desse modo, se entremostra, desde logo, inconstitucional. Tal sucede, diante do art. 60, § 4º, da Lei Magna, quando preceitua que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: 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. [...] (grifos no original).

Sem embargo, a medida liminar foi indeferida com base no argumento de que não havia vício de origem, nem de outra nulidade ou irregularidade no processamento da matéria e que a intenção do mandado de segurança era discutir apenas a inconstitucionalidade do projeto de lei. O voto liminar fez registrar que a matéria ainda estaria sujeita às modificações eventualmente realizadas pelo Senado Federal, caso fosse aprovada na Câmara, razão pela qual não restaria razões para o Supremo invadir prematuramente a competência do Congresso.

O julgamento realizado pelo Tribunal Pleno consignou que no caso então em análise não se vislumbraria a incidência de algum preceito constitucional que impedisse a tramitação do referido projeto de lei, embora fosse reconhecido o cabimento do mandado de segurança naquela ocasião.

De acordo com o acórdão, a argumentação do impetrante reduzia-se a cogitar da contrariedade entre a alteração legislativa proposta e o rol de direitos previstos no artigo 7º da Constituição Federal. Para o Pleno, ao fazer referência a uma ampla previsão constitucional, o impetrante não logrou êxito em demonstrar analiticamente qual seria a específica violação em que a alteração legislativa incorreria, limitando-se a expor uma interpretação do próprio impetrante sobre o preceito em debate.

Decidiu-se, portanto, afastar-se a alegação de afronta a dispositivo elevado à status de cláusula pétreia, eis que não havia nada que demonstrasse ser correta a presunção firmada na inicial no sentido de que a interpretação ali defendida fosse a única possível para a proposição legislativa. Neste ponto, merece transcrição o parecer da Procuradoria Geral da República, de lavra do Subprocurador-Geral Flávio Giron:

O controle judicial, quanto ao mérito de constitucionalidade, não encontra espaço para ser, aqui, realizado; de contrário, estaria o STF intervindo na deliberação da Câmara dos Deputados, referentemente ao processo de elaboração da legislação ordinária, sem que se alegue esteja ocorrendo, no procedimento legislativo,

qualquer vício formal. Há pois, um limite ao controle prévio, sempre excepcional, que importa considerar, inclusive em face do princípio básico da separação e independência dos Poderes da República.

Fato notável é que o plenário do Supremo Tribunal Federal nunca de fato sobrestou a tramitação de alguma matéria com base em afronta às cláusulas pétreas, embora expressamente reconheça a possibilidade jurídica de fazê-lo. Embora venha superando gradativamente a restrição quanto ao uso deste mecanismo, que, relembre-se, não está previsto positivamente na Constituição, certo é que o Supremo tem utilizado este expediente de forma limitada por enquanto, seja por autocontenção ou mesmo por não estarem bem delineadas ainda as regras do controle preventivo de constitucionalidade jurisdicional.

No caso em análise, observa-se que o Supremo Tribunal Federal reitera duas questões já assentadas pela jurisprudência no tocante ao controle preventivo. A legitimidade do parlamentar de ingressar com mandado de segurança com a finalidade de garantir a preservação das regras constitucionais do devido processo legislativo e, por corolário, a competência excepcional da Corte para sobrestar a tramitação de projeto de emenda constitucional que seja tendente a abolir cláusula pétrea, embora não ter assinalado que a hipótese fosse a do caso vertido.

É pertinente registrar também a ressalva feita pela própria Corte, neste caso especificamente, que o fato da matéria ainda estar em processo de tramitação na Câmara dos Deputados figurou como motivo relevante a autocontenção do Supremo em virtude da irremediável ida do projeto de lei ao Senado Federal, pois que ainda restaria oportunidade para a própria instância política corrigir eventuais inconstitucionalidades que violem cláusula pétrea.

Também observa-se que a jurisprudência do Tribunal controverte-se quanto à espécie da norma em curso de formação, pois que a interpretação que dá vazão ao controle preventivo de constitucionalidade está, em regra, associada à tramitação de projeto de emenda constitucional e não ao processamento de projeto de legislação ordinária.

4.3.2 Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 34.530/DF

Embora tratar-se de uma decisão monocrática, merece análise detida a concessão de medida cautelar no Mandado de Segurança nº 34.530/DF, impetrado pelo deputado federal Eduardo Bolsonaro (PSC-SP), de lavra do ministro Luiz Fux. Como não poderia ser diferente, far-se-á uma análise do próprio contexto político da decisão tomada, bem como, evidentemente, dos elementos jurídicos expostos.

A ação foi impetrada em meio a um conjunto de controvérsias de ordem política, que inicia-se com a movimentação do Ministério Público Federal em torno do recolhimento de assinaturas, em meio a sociedade brasileira, para tornar em projeto de lei de iniciativa popular o que o MPF denominou de *10 Medidas Contra a Corrupção*. O projeto, por certo, ganhava espaço na esteira da operação Lava Jato, em toda sua dimensão jurídica, política e midiática.

Não obstante, o projeto foi autuado como de autoria parlamentar, intitulado PL nº como forma de simplificar o procedimento em razão de prescindir de verificação de autenticidade de todas as assinaturas colhidas (LUCHETE, 2016), mesmo rito adotado quando da aprovação da Lei da Ficha Limpa. Ato contínuo, o processo seguiu o rito ordinário, e, portanto, sofreu modificações de todas as ordens haja vista que não estava protegido pelo rito especial de projetos de lei de iniciativa popular, previsto no artigo 252 e incisos seguintes, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, pelo que ganhou grande repercussão na imprensa brasileira principalmente pela inserção que emendas que limitavam a atuação do Judiciário e do Ministério Público. A narrativa midiática era no sentido de que o projeto do Ministério Público Federal havia sido transformado em colcha de retalhos pelos parlamentares, com intuito revanchista e para legislar em causa própria.

Aprovado o projeto de lei, que seguiria ao Senado Federal, o deputado Eduardo Bolsonaro impetrou mandado de segurança visando o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da violação a preceitos constitucionais, cujo julgamento restou ementado da forma que se transcreve:

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERESSE DE PARLAMENTAR À OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE ADMITIDO. ANTEPROJETO DE LEI DE INICIATIVA POPULAR AUTUADO COMO PROJETO DE LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. DESVIRTUAÇÃO DA ESSÊNCIA DO PROJETO. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 14, III, E 61, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO. VULNERAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016)

Em síntese, alegou o impetrante que o projeto de lei fugiu do escopo do anteprojeto de iniciativa da lei anticorrupção pois que tramitou na forma de matéria de autoria parlamentar.

Inicialmente, o voto reconheceu a legitimidade passiva de parlamentar para impetrar o mandado de segurança para o caso específico, invocando, para tanto, precedente da Corte que acolheu o expediente “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” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016)

Em seguida, passou-se a análise do instituto do projeto de lei de iniciativa popular, previsto no artigo 61, § 2º, da Constituição, sob à luz de que a via contemplada na Carta Magna exige um número mínimo de subscritores do anteprojeto e que o mesmo seja debatido em sua essência, como maneira de preservar a vontade popular, expressa pelas assinaturas ao texto original. Neste contexto, a decisão ressalta que é vedada a prática de apropriação da autoria do projeto por parlamentar, pois que a proposição legislativa deve seguir o rito especial previsto para os projetos de iniciativa popular. Alegoricamente, o voto descreve que “há apenas simulacro de participação popular quando as assinaturas de parcela significativa do eleitoral nacional são substituídas pela de alguns parlamentares” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016).

Dessa sorte, entendeu-se que na medida que a iniciativa do projeto de lei foi subtraída por parlamentares, em nome próprio, e que, por corolário, o texto seguiu rito que permitiu modificá-lo significativamente através de emendas, feriu-se regras constitucionais do processo legislativo. Para justificar a vedação a emendas estranhas ao projeto, o voto propôs

analogia com a jurisprudência da Corte que proíbe a inserção de matérias estranhas ao texto no processo de conversão de medida provisória em lei.

Importa registrar que o ministro, em seguida, enfrenta a controvérsia a respeito das questões *interna corporis*, que, segundo ele, não são imunes à apreciação judicial por quatro razões. A primeira afirma que as regras regimentais possuem conteúdo normativo, sujeito, portanto, ao exame judicial. A segunda assevera que as regras regimentais são uma forma de autolimitação dos parlamentares, às quais estão vinculados, devendo, portanto, respeitá-las. A terceira diz respeito ao fato das normas regimentais serem fixadas *ex ante* justamente para garantir o devido processo legislativo previsível e seguro, principalmente para as minorias parlamentares. A quarta, em razão das regras regimentais assegurarem o jogo democrático com base no pluralismo exigido ao processo de elaboração de leis.

Por fim, a medida liminar foi concedida sem a ouvida da parte contrária, determinado a anulação completa dos atos praticados pelo Legislativo contrariamente a essa decisão e, por corolário, a reatuação do projeto de lei na Câmara dos Deputados como Projeto de Iniciativa Popular, observando-se o rito correspondente.

Identifica-se uma crítica contundente possível de ser feita neste caso. É que apesar da decisão versar sobre um modelo preventivo de controle de constitucionalidade que, em tópico anterior, defendeu-se como adequado, o voto possui certas interpretações demasiadamente extensivas, especificamente a respeito da vedação de assunção de projeto de lei de iniciativa popular por parte de mandatário e acerca da apreciação das normas regimentais.

É que nem a Constituição, nem o Regimento Interno da Câmara dos Deputados contempla algum dispositivo que vede a prática de parlamentar assumir a autoria de texto de projeto de lei iniciativa popular. O que há, no artigo 51, § 1º da Constituição, é o intento de conferir a possibilidade da sociedade civil de organizar-se em torno da constituição de um projeto de lei. No caso do Regimento Interno da Câmara, a disposição normativa dá-se no sentido da tramitação diferenciada deste tipo de matéria,

não havendo vedação quanto à prerrogativa de deputado valer-se da vontade política popular para protocolar, por si, determinado projeto de lei.

Importa mais ainda observar que as quatro vezes que o Congresso Nacional aprovou uma lei de iniciativa popular, na verdade o fez mediante a adoção do texto por parlamentar, fazendo a matéria seguir o rito regular, como foi o caso do caso em análise. Isto é, desde a Constituição de 1988, nenhum projeto de lei de iniciativa popular seguiu o trâmite diferenciado previsto no artigo 225 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, pois que a Casa alegava não ter condições estruturais de eximir a autenticidade de todas assinaturas.

A Lei da Ficha Limpa (BRASIL, 2010), o projeto que tornou hediondo o crime de homicídio qualificado (BRASIL, 1994), a lei que coíbe o crime de compra de votos (BRASIL, 1999) e a legislação que criou o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (BRASIL, 2005). Todos estes projetos partiram de um anteprojeto de lei de iniciativa popular que, para viabilizar-se, seguiu o trâmite comum do processo legislativo na Câmara (CALGARO, 2017).

Veja-se que os projetos de lei que constam desse breve rol são de grande apelo social. Tratam sobre combate à corrupção, à criminalidade e sobre a garantia de moradias populares à população de baixa renda. O caso da lei que considerou hediondo o homicídio qualificado, por exemplo, remonta à morte da atriz Daniella Perez em 1992, filha de Glória Perez, autora de novelas que capitaneou a campanha para o recolhimento de assinaturas suficientes a apresentar o texto ao Congresso. A Lei nº 9.840/1999 foi politicamente patrocinada pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, a CNBB, entidade dotada de significativa influência política no País.

Ao trazer a discussão para o nível da judicialização da política, dois fatores notáveis exurgem. O primeiro, já bem explorado por este trabalho, é a forma como, de fato, as minorias políticas parlamentares conseguem contornar as derrotas nas arenas majoritárias mediante a requisição de liminares no Poder Judiciário. Importa registrar que a última deliberação sobre o PL nº 4.850/2016, afeta ao acréscimo da Emenda nº 3,

teve uma votação expressiva de 285 votos favoráveis e 72 contrários. No caso em análise, o controle preventivo de constitucionalidade, consubstanciado na ofensa à preceitos constitucionais do processo legislativo e ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados, serviu justamente para barrar o avanço da agenda das maiorias circunstanciais.

De outro lado, um segundo aspecto propõe uma reflexão crítica: se à época da aprovação dos quatro outros projetos não houve declaração de inconstitucionalidade do trâmite, por que isto aconteceu agora?

Repita-se que estes 4 últimos projetos de lei, assim como este, tinham grande repercussão na sociedade daquele momento, isto é, tinham de fato bastante apelo social e político. É inevitável, portanto, questionar se esta movimentação, promovida pelas minorias partidárias mas, em última instância, definida pelo Judiciário, não faz parte de um processo de deliberadamente transferir-se ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre temas sensíveis para a sociedade. Afinal, a aprovação do projeto de lei na Câmara foi considerada uma derrota para aqueles que conceberam o seu texto original, assim como houve também, como já asseverado, uma grande repercussão midiática sobre o destino que o projeto tomou, negativamente.

Na hipótese destes fatores terem influenciado a decisão liminar, poderia-se cogitar da conveniência política da medida em si. É possível, de um lado, por exemplo, argumentar que o ministro Fux deu vazão a um amplo sentimento social de frustração sobre os rumos que o projeto de lei tomou, e que portanto a decisão foi acertada na medida que preservou a sobrevivência do núcleo essencial do texto. Tais argumentos poderiam servir de base para uma defesa mais ampla da judicialização da política. Entretanto, pode-se pensar diferente e retornar àquilo já observado antes: o fato de que o projeto de lei ainda estava em trâmite no Congresso Nacional – lembre-se que o próximo passo seria a tramitação no Senado Federal – permitiria que o próprio Senado promovesse as mudanças requisitadas pela sociedade civil ou pelo próprio Ministério Público Federal.

Neste contexto, a instância, que é representativa, poderia ouvir as diversas partes envolvidas na controvérsia e moldar o projeto de acordo

com os argumentos expostos ou mesmo em acatamento à pressões políticas populares ou midiáticas. Dessa sorte, mesmo o controle preventivo de constitucionalidade com base em regras formais do processo legislativo, se ampliado significativamente, criam riscos à legitimidade democrática e às prerrogativas constitucionais do Congresso Nacional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A linha divisória descrita entre direito e política é tênue, como viu-se. Dessa sorte, para compreender um fenômeno judicial atrelado às circunstâncias políticas, torna-se necessário uma abordagem que contemple os aspectos jurídicos afetos à judicialização e os determinantes políticos conjunturais que figuram como pano de fundo deste processo.

Este trabalho propôs exatamente esta medida, como forma de apurar a evolução da jurisprudência do Supremo quanto à sua competência a exercer um controle preventivo de constitucionalidade de normas em curso de formação, associando este fenômeno às análises mais diversas sobre a judicialização da política no Brasil e no mundo.

No primeiro capítulo, observou-se que o Supremo Tribunal Federal consubstancia suas razões para sobrestar a tramitação de certas matérias legislativas com base numa interpretação do artigo 60 da Constituição Federal, que descreve as regras do procedimento de emenda à Constituição, de ordem formal e material, associado à possibilidade jurídica do parlamentar ser legitimado a impetrar mandado de segurança com a finalidade de garantir a execução do devido processo legislativo.

No mais, viu-se que há uma ampla divergência quanto à sindicabilidade dos atos praticados em meio ao processo legislativo quando eles implicam na revisão de normas regimentais das casas legislativas, pois que o entendimento dos ministros variam quando abordam-se as questões ditas *interna corporis*, pois que ora são entendidas como normas de conteúdo jurídico evidente, e que portanto, suscetíveis de apreciação jurisdicional na medida em que são violadas, ora são analisadas sob o prisma da separação dos poderes, que confere ao Parlamento a responsabilidade por resolver de maneira autônoma seus conflitos internos.

No segundo capítulo, traçou-se um panorama geral acerca do fenômeno da judicialização da política enquanto acontecimento global e brasileiro, marcado historicamente pela constitucionalização de direitos e pela prevalência do discurso dos direitos fundamentais após a Segunda Guerra

Mundial, associado à superação dos regimes totalitários e à falência do Estado liberal. No Brasil, especificamente, este anseio encontrou forma em contexto próprio, quando do fim dos últimos regimes militares que o País vivenciou, materializando-se na amplitude do texto da Constituição de 1988, nomeadamente quanto ao rol de direitos fundamentais previstos no Título II.

Registrou-se que a judicialização da política é um fenômeno complexo, portanto multifacetado em suas causas, de sorte que apenas uma análise ampla, contemplando noções jurídicas e políticas, pudesse abarcar a diversidade de causas que influem no aprofundamento da judicialização. Neste contexto, elencou-se alguns dos fatores que estão na ordem do dia da origem e do agravamento da judicialização da política, como a constitucionalização de direitos, a difusão do neo constitucionalismo, a crise de representatividade e legitimidade do Poder Legislativo, a anuência dos atores políticos para com a judicialização (e a maneira como a classe política usufrui desse fenômeno), a competitividade eleitoral. No caso brasileiro, acrescentou-se à todo este quadro as disposições constitucionais da Constituição de 1988, principalmente quanto ao rol de direitos fundamentais positivados, o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal após a redemocratização, a amplitude do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a maneira como o interesse das corporações deságua neste sistema. No mais, realizou-se uma diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial.

O terceiro capítulo propôs duas análises. A primeira com a finalidade de evidenciar a interface entre controle preventivo e judicialização da política, à luz de uma perspectiva crítica. A segunda com a intenção de examinar julgados do Supremo Tribunal Federal que abordassem o entendimento da Corte sobre o mecanismo de controle prévio.

A primeira parte do terceiro capítulo estabelece uma ponte entre a judicialização da política e a questão da legitimidade democrática, correlacionando os dois conceitos com o entendimento da Corte em sobrepor-se à decisão do Congresso Nacional, mediante o uso do controle preventivo de constitucionalidade. Foi exposto que duas razões de ordem

democrática servem como advertência à ampliação irrestrita deste mecanismo.

A primeira fez referência ao próprio fato do Congresso Nacional superar em números o Supremo Tribunal Federal, haja vista que é composto de 513 deputados federais e 81 senadores da república, todos democraticamente eleitos, ao total, por mais de uma centena de milhões de votos, em contraposição à diminuta composição de 11 ministros do Supremo Tribunal Federal. Por conclusão, o Congresso Nacional afiguraria-se mais representativo para tomar decisões de grande monta se comparado ao Supremo Tribunal Federal. A segunda, e associada à primeira, é que a própria maneira de ingresso nas fileiras do Congresso e do Supremo Tribunal Federal divergem radicalmente e denotam uma distribuição diferenciada de legitimidade, pois o fato dos mandatários parlamentares terem sido escolhidos pela população, através do voto, contribui para atribuí-los a prerrogativa de legislar de acordo com suas vontades. Neste contexto, observou-se que a reverberação da voz popular encontra mínima preservação na periodicidade do voto, pois que permite a troca de mandatários que não satisfaçam a vontade popular, em contraposição à impossibilidade de tangenciar a opção que os ministros do Supremo podem ter quanto a determinado assunto de grande relevância.

Em seguida, passou-se à uma análise da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito das disposições constitucionais que, em tese, confeririam à Corte a competência para sobrestar o processo legislativo com base em violação à questões procedimentais de ordem constitucional e e às cláusulas pétreas. Identificou-se possíveis objeções quanto a este entendimento dado pelo Supremo, notadamente porque amplia a competência da Corte em detrimento da capacidade do Congresso Nacional de aperfeiçoar seus procedimentos internos quando da tramitação de certa matéria, pois que o sobrestamento prematuro do processo legislativo impede que o Parlamento tenha a oportunidade de modificar o conteúdo em trâmite, compor interesses divergentes e mesmo apresentar razões que fugiriam da percepção dos ministros do Supremo Tribunal Federal. No mais, observou-se que a ampliação do objeto do controle de constitucionalidade

preventivo pode conceder margens de manobras às siglas minoritárias para contornar as regras do jogo democrático, pois que podem valer-se do contra majoritarismo do Supremo para reverter decisões tomadas pelas maiorias parlamentares.

Ato derradeiro, fez-se uma análise de dois julgados com a finalidade correlacioná-los com os elementos expostos nos três capítulos deste trabalho.

Diante de todo este exposto, conclui-se que há uma relação de causa e consequência entre a evolução da jurisprudência afeta ao controle preventivo e à judicialização da política no Brasil, uma vez que nota-se presente o influxo de elementos de um sobre o outro, como o fato da constitucionalização de direitos fundamentais, elevados à estatura de cláusula pétrea, contribuírem para transferir o poder de decisão sobre questões políticas ao Poder Judiciário sob o pretexto de estar-se resguardando a regra do § 4º, artigo 60 da Constituição Federal. Também pelo fato da ampliação deste mecanismo permitir ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra em questões internas do Congresso Nacional, as questões *interna corporis*, diminuindo a capacidade do Parlamento de solucionar suas contendas por meios democráticos. Cita-se também o próprio interesse das minorias parlamentares na ampliação do controle preventivo, haja vista que pode diretamente interromper a escalada da agenda das maiorias políticas.

Conclusão interessante recai sobre o que Ran Hirschl denominou de transferência de batatas quentes, isto, é, a anuência dos atores políticos em delegar ao Poder Judiciário a última palavra sobre questões controversas para que não sejam afetados pelo desgaste eleitoral da decisão. É que no caso do estudo realizado opera-se o inverso, ao menos procedimentalmente: trata-se da tentativa da maioria do Congresso Nacional de fazer valer suas prerrogativas constitucionais, entrando em rota de colisão com a deferência do Poder Judiciário à judicialização da política. Isto não significa necessariamente concluir, diga-se, que o Congresso Nacional esteja decidido a enfrentar questões controversas, mas somente que esteja

determinado a enfrentar certas questões, ocasião em que, por vezes, esta resolutividade dos parlamentares é barrada pelo Supremo Tribunal Federal.

Admitindo-se que as duas perspectivas estão corretas, a de Ran Hirschl e a deste trabalho, resta questionar se a segunda não decorre da primeira, pois é razoável supôr que um Congresso que apoie a judicialização da política eventualmente venha a padecer das consequências políticas deste patrocínio, possivelmente materializada na ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal para sobrestar o processo legislativo. São questões que dificilmente serão exauridas com uma simples resposta, mas que começam a ter contornos mais definidos a partir do momento que os próprios parlamentares reagem à judicialização que, por muito, eles mesmos legitimaram.

Por derradeiro, finaliza este trabalho a conclusão de que, em última análise, a ampliação do mecanismo de controle preventivo de constitucionalidade, exercido pelo Supremo, coloca em risco a legitimidade democrática das arenas políticas majoritárias, principalmente em meio ao quadro político atual, de crise de representatividade do Poder Legislativo.

Por certo que o Supremo Tribunal Federal deve exercer livremente suas prerrogativas institucionais para fazer valer sua função de resguardar o texto constitucional; ocorre, porém, que o desempenhar desta função deve ser sopesado perante as competências dos demais Poderes. A identidade contra majoritária não deve servir como instrumento de colonização das instâncias políticas. É preciso, portanto, delinear exatamente quais são as hipóteses em que o Supremo pode intervir no processo legislativo, sob pena de conceder margens à aplicação casuística deste expediente, o que pode resultar num cenário em que o Poder Legislativo é tacitamente forçado a atuar de acordo com as opiniões do Supremo Tribunal Federal, em flagrante afronta à divisão do Poderes da República. O Congresso Nacional deve também exercer livremente sua função constitucional de legislar, por certo que com limitações constitucionalmente impostas, mas sem isto implique barreiras que fruste o exercício do poder político e a vontade popular.

Disso decorre que o controle preventivo de constitucionalidade, se significativamente ampliado, tem o potencial de impôr uma agenda nacional baseada nas predileções judiciais, subvertendo o poder do Congresso Nacional de representar os interesses dos eleitores em matérias importantes para o País. Este cenário aponta para um Poder Judiciário fortalecido em detrimento da qualidade da política democrática, que, por sua vez, resulta num contínuo descrédito da classe política e da significância do momento de escolha dos mandatários, que, por consequência, implica possivelmente na eleição de uma legislatura com baixa representatividade e dissociada da realidade do povo brasileiro, que, outra vez mais, recorrerá ao Poder Judiciário para resolver seus conflitos.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Mandado de Segurança. 2. Oferecimento de denúncia por qualquer cidadão imputando crime de responsabilidade ao Presidente da República (artigo 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados). 3. Impossibilidade de interposição de recurso contra decisão que negou seguimento à denúncia. Ausência de previsão legal (Lei 1.079/50). 4. A interpretação e a aplicação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados constituem matéria interna corporis, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 5. Agravo regimental improvido. (MS 26062 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2008, DJe-060 DIVULG 03-04-2008 PUBLIC 04-04-2008 EMENT VOL-02313-03 PP-00469 LEXSTF v. 30, n. 355, 2008, p. 216-225); Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26062%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+26062%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ctmqk2c>

_____. **Supremo Tribunal Federal**. 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. (MS 32033, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00330; Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+32033%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+32033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cr59q8o>>

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Mandado de segurança contra ato da

Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da república. - Cabimento do mandado de segurança em hipóteses 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). Nesses casos, 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 a deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido. (MS 20257, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/1980, DJ 27-02-1981 PP-01304 EMENT VOL-01201-02 PP-00312 RTJ VOL-00099-03 PP-01031); Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+20257%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+20257%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bxmzmao>> acesso em 03.07.2017

_____. **Supremo Tribunal Federal.** DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERESSE DE PARLAMENTAR À OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE ADMITIDO. □ ANTEPROJETO DE LEI DE INICIATIVA POPULAR AUTUADO COMO PROJETO DE LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. DESVIRTUAÇÃO DA ESSÊNCIA DO PROJETO. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 14, III, E 61, § 20, DA CONSTITUIÇÃO.

VULNERAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA; (STF, Medida Cautelar, MS 34.530. Min Luiz Fux, julgado em 14/12/2016); Disponível em <<http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5103492>>

_____. **Supremo Tribunal Federal.** CONSTITUCIONAL. PODER LEGISLATIVO: ATOS: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PARLAMENTARES. I. - O Supremo Tribunal Federal admite 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. II. - Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves (leading case) (RTJ 99/1031); MS 20.452/DF, Ministro Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24.645/DF, Ministro Celso de Mello, "D.J." de 15.9.2003; MS 24.593/DF, Ministro Maurício Corrêa, "D.J." de 08.8.2003; MS 24.576/DF, Ministra Ellen Gracie, "D.J." de 12.9.2003; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso, "D.J." de 12.9.2003. III. - Agravo não provido. (MS 24667 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2003, DJ 23-04-2004 PP-00008 EMENT VOL-02148-04 PP-00714); Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+24667%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+24667%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bvelvo3>> acesso em 03.07.2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 16 de jul. 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> acesso em 23.06.2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1819. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> acesso em 23.06.2017.

____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Brasília, 24 de jan. 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> acesso em 23.06.2017.

____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 05 de out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em 23.06.2017.

____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 16 de jul. 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> acesso em 23.06.2017.

____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 18 de set. 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> acesso em 23.06.2017.

____. **Constituição Política do Império do Brasil.** Rio de Janeiro, 22 de jan. 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> acesso em 23.06.2017.

____. **Lei Complementar nº 135/2010,** Brasília, 4 de junho de 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> acesso em 23.06.2017.

____. **Lei nº 11.124/2005,** Brasília, 16 de junho de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> acesso em 23.06.2017.

____. **Lei nº 8.930/1994**, Brasília, 6 de setembro de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> acesso em 23.06.2017.

____. **Lei nº 9.840/1999**, Brasília, 28 de setembro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> acesso em 23.06.2017.

____. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança. 2. Processo Legislativo: Projeto de Lei. 3. Controle de constitucionalidade preventivo. 4. Conflito de atribuições. 5. Comprometimento do modelo de controle repressivo e do sistema de divisão de poderes estabelecidos na Constituição. 6. Mandado de Segurança indeferido. (MS 24138, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/11/2002, DJ 14-03-2003 PP-00028 EMENT VOL-02102-01 PP-00078) ; Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+24138%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+24138%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bnxz5lt>> acesso em 24.06.2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**, 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em 03.07.2017.

_____, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**, 2006. Disponível em http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil. Acesso em 26.06.2017.

_____, Luís Roberto. **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não**, 2010. Disponível em http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2#_ftn58_2054.> Acesso em 03.07.2017.

_____, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituinte de 1987-1988 e a restauração do Estado de Direito**. In: J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.;

STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva: Saraiva/Almedina, 2013, p. 53-59.

_____, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CALGARO, Fernanda. EM quase 30 anos congresso aprovou 4 projetos de iniciativa popular. **G1**, Brasília, 18 fev. 2017. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/em-quase-30-anos-congresso-aprovou-4-projetos-de-iniciativa-popular.ghtml>. Acesso em 05.06.2017.

CANOTILHO. João Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedia, 2003.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: UnB, 2013.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB. 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O controle de constitucionalidade**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.) *Constituição, Política e Cidadania: em homenagem a Michel Temer*. Porto Alegre: Giv Editora Jurídica, 2013. p. 85-94.

FEREJOHN, John. **Judicializando a Política, Politizando o Direito**. In: MOREIRA, Luiz. *Judicialização da política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 63-96.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês**. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, v. 40, nº 158, abr/jun 2003. p. 97-125.

GUERRA, Gustavo Rabay. **Ativismo judicial em movimento: Direito e Política na paisagem constitucional e seus reflexos na cidadania**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.) *Constituição, Política e Cidadania: em homenagem a Michel Temer*. Porto Alegre: Giv Editora Jurídica, 2013. p. 177-198.

HIRSCHL, Ran. **A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos**. In: MOREIRA, Luiz. *Judicialização da política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012a. p. 27-62.

_____, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política**. In: MOREIRA, Luiz. *Judicialização da política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012b. p. 131-167.

_____, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro: 1915.

LUCHETE, Felipe. Fux manda Câmara recomeçar do zero votação do pacote anticorrupção do do MPF. **Conjur**, 14 dez. 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-dez-14/fux-manda-camara-recomecar-zero-votacao-pacote-anticorruptcao>. Acesso em 03.06.2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MUDANÇAS na medida anticorrupção recebem crítica de juízes e do MP. **G1**, Brasília, 30 de nov. de 2016. Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/11/mudancas-nas-medidas-anticorruptcao-recebem-criticas-de-juizes-e-do-mp.html>. Acesso em 03.07.2017

PELUSO, Cezar. **Constituição, direitos fundamentais e democracia: o papel das supremas cortes**, 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_CP.pdf. Acesso em 03.07.2017.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. **O controle judicial de atos poder legislativo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SARLET, Ingo. **Comentários ao artigo 60**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1124-1138.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lênio L. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: a. 49, n. 194, abr/jun, 2012. p. 7-21.

_____, Lenio L. **Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva: Saraiva/Almedina, 2013, p. 75-90.

_____, Lenio L.; MENDES, Gilmar F. **Comentário ao artigo 103**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1409-1424.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

UNITED STATES. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>. Acesso em 20.06.2017

VALLINDER, Torbjörn. **A judicialização da política**: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, Luiz. *Judicialização da política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 15-26

VILHENA, Oscar. **Supremocracia**. *Revista Direito GV São Paulo*. São Paulo: n. 8, jul/dez, 2008. p. 441-463.

WALDON, Jeremy. **A essência da oposição ao *judicial review***. In: BIGONHA, Antônio Carlos Capino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-153.

_____, Jeremy. **O judicial review e as condições da democracia.**
Tradução de Julia Sichieri Moura. In: Limites do controle de
constitucionalidade. BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; Moreira, Luiz
(Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 243-2870.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE

Aluno: Isaac Kofi Medeiros

RG: 6.181.334

CPF: 083.927.809-81

Matrícula: 12201149

Título do TCC: Controle preventivo de constitucionalidade: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz da judicialização da política

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira

Eu, **Isaac Kofi Medeiros**, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 06 de julho de 2017.



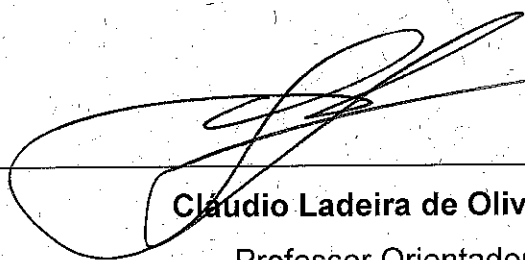
Isaac Kofi Medeiros

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TERMO DE APROVAÇÃO

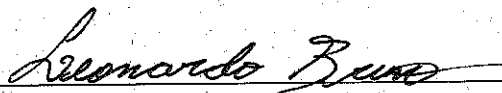
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**”, elaborado pelo acadêmico **Isaac Kofi Medeiros**, defendido em **06/07/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10.0 (Dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 06 de julho de 2017.



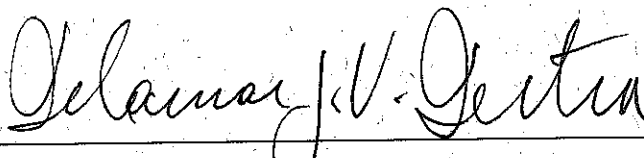
Cláudio Ladeira de Oliveira

Professor Orientador



Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Membro de Banca



Delamar José Volpato Dutra

Membro de Banca