

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república
The (dis)harmony between the powers and (in)tense dialogue between democracy and republic

Alessia Barroso Lima Brito Campos
Chevitarese

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Rocha e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república*

The (dis)harmony between the powers and (in)tense dialogue between democracy and republic

Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese**

RESUMO

A Constituição da República Brasileira de 1988 consagra em seu art. 2^a a independência e a harmonia entre os poderes. Ocorre que, em certos aspectos, o diálogo institucional demonstra contornos de *tensão*. No que concerne a uma atuação *mais positiva* do Poder Judiciário, destacam-se as hipóteses de impetração de Mandado de Segurança perante o Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de possível violação ao direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional, sobretudo nos casos em que há matérias constantes em projetos de leis que violem cláusulas pétreas e procedimentos que violem direitos das minorias. Contudo, seria essa atuação uma *disfunção* da teoria da separação dos poderes e dos próprios pilares de uma República Democrática? O presente trabalho tem por finalidade compreender o diálogo entre a função legislativa e judiciária no que concerne à *nomogênese legislativa*. Trata-se de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial que apresenta como critério de originalidade a transposição da doutrina do *excesso do poder legislativo* para efeitos de uma técnica de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade pela via do Mandado de Segurança. Apresenta-se ainda a possibilidade de *overruling* da Súmula 266/STF de 13/12/1963. Conclui-se que, a *legisprudência* pode ser um instrumento de controle e conformação do diálogo *tenso* entre Poder Judiciário e o Poder Legislativo, considerando ser a tarefa de criação da lei um saber *poligênético*, mormente no que concerne à guarda dos preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Democracia. República. Supremo Tribunal Federal. Poder Legislativo. Legisprudência. Mandado de segurança.

* Artigo convidado.

** Advogada. Professora Universitária. Doutoranda em Direito e Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). E-mail: alessia.chevitarese@uniceub.br. O presente trabalho é fruto dos debates acadêmicos produzidos no âmbito do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC), bem como, compõe o desenvolvimento do tema pertinente à tese produzida pela autora no Programa de Doutorado em Direito no UniCEUB.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of the Republic of 1988 establishes in its 2nd article independence and harmony between the powers. Occurs in certain aspects, the institutional dialogue shows contours of tension. Concerning a more positive role of the judiciary, there are the chances of filing for a kind of petition (writ of mandamus) before the Supreme Court, on the grounds of possible violation of subjective public right of parliamentary not submit to unconstitutional legislative process, especially in cases where there are

matters included in projects that violate laws immutable clauses and procedures that violate the rights of minorities. However, would this action be a dysfunction of the theory of separation of powers and the very pillars of a democratic republic? This study aims to understand the dialogue between the legislative and judicial function concerning the legislative ‘nomogenesis’. It is a doctrinal and jurisprudential research that presents as a criterion of originality transposition of the doctrine of excess of legislative power for the purpose of technical preventive judicial review of constitutionality by writ of mandamus. Still presents the possibility of overruling Precedent 266/STF of 13/12/1963. We conclude that the jurisprudence can be an instrument of control and conformation of tense dialogue between the judiciary and the legislature, considering that the task of creating a knowledge of the law is polygenetic, especially regarding the custody of constitutional precepts.

Key-words: Democracy. Republic. Federal Supreme Court. Legisprudence. Petition writ of mandamus.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade compreender o diálogo institucional entre o Poder Legislativo e o Poder judiciário, aqui representado por sua alta instância, o Supremo Tribunal Federal (STF), no que concerne à *nomogênese legislativa*.¹ O primeiro problema a ser enfrentado é de ordem normativa, a regra constitucional prima pela *harmonia* entre os Poderes, mas há especificamente casos concretos, que podem ser impugnados pela via do Mandado de Segurança (MS), interposto por parlamentar. Nesse sentido, a importância da análise do tema se reveste de especial atenção sobre um procedimento que se situa no limite fixado por pilares democráticos, sobretudo no que concerne à garantia de independência do Poder Legislativo.

Para efeito do presente trabalho apresentam-se como objetos de investigação: a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que viole cláusula pétrea e Lei infraconstitucional que ofendam direitos das minorias.² Assim, nessas situações como se dá o diálogo entre os poderes Judiciário e Legislativo no contexto de uma República Democrática?

Dworkin ao analisar a evolução do papel desempenhado pela da Suprema Corte norte americana, a partir do caso *Marbury vs. Madison*,³ ressalta que, na atualidade, “*a questão crucial não é saber que poder tem a Corte Suprema, mas como deve ser exercido seu vasto poder*”.⁴ A análise dessa questão pode ser empreendida, a partir da atuação do STF nesses casos específicos, como uma espécie de *freio Republicano*, com a finalidade de implementar um mecanismo de contrapeso à soberania parlamentar democrática quando há excessos de poder que podem atentar à própria democracia.⁵ Em uma visão mais ampla, não se trata de obstar o debate na arena democrática por excelência. Mesmo porque, *in casu* a competência para a propositura do MS é do próprio parlamentar diante de uma possível violação de seu direito público subjetivo de não se submeter a processo legislativo inconstitucional, sobretudo nos

1 É certo que as tensões entre os Poderes Legislativos e Judiciários são também decorrentes da atuação do Poder Executivo, sobretudo diante da realidade brasileira de um presidencialismo de coalizão. Contudo, a presente análise, por razões de extensão do trabalho, delimitação do objeto e também de aprofundamento em uma temática, limita-se aos contornos do diálogo entre os dois primeiros.

2 Minorias aqui entendida como *direito de oposição* (partidário). Não é objetivo desse trabalho realizar um estudo interdisciplinar sobre a teoria das decisões coletivas “patrimônio de poucos cultores na ciência política”. A questão sobre as minorias enquanto grupos sociais de origens étnicas, religiosas, de gêneros requer a aprofundamento na teoria das decisões coletivas. Registra-se que essas minorias também têm se valido do Mandado de Segurança para a garantia de seus direitos, a título exemplificativo, cita-se o MS. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 2008. p. 312.

3 Julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. *Leading case* citado como marco do *Judicial Review*, em termos de um controle difuso de constitucionalidade. UNITED STATES. Supreme Court. 1803. Sentence of February 11. *Marbury v. Madison*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/default.aspx>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

4 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 427.

5 WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

casos em que há matérias constantes em projetos de leis que violem cláusulas pétreas e procedimentos que violem direitos das minorias. Na verdade, o debate continua no âmbito do Poder Judiciário que só age por provocação. Ressalta-se também a ampliação do debate a partir da aceitação dos *amici curiae* no âmbito do julgamento em sede do mandado de segurança. Cumpre lembrar ainda o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional insculpido no art. 5º, inc. XXXV, CF e a impossibilidade do *non liquet*.⁶

A partir dessas premissas, é possível avaliar outras questões decorrentes e fundamentais ao deslinde da problemática inicial. Assim, qual a natureza do mandado de segurança como instrumento de controle preventivo de constitucionalidade?⁷ O mandado de segurança é um instrumento legítimo para colmatar os conflitos de ordem jurídico-política?

O controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade recai sobre o processo de elaboração legislativa pela via do mandado de segurança impetrado por parlamentar. Contudo, a Súmula 266/STF de 13/12/1963⁸ pacifica o entendimento no sentido do não cabimento do MS contra lei em tese. Contudo, “*é de se indagar se ainda subsistem razões para a manutenção dessa orientação restritiva.*”⁹

A Súmula 266 do STF, recepcionada pela Constituição da República de 1988, foi criada sob a égide e o contexto histórico da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Diante desse cenário, é possível atentar para a necessidade de atualização da interpretação dada ao precedente e até mesmo refletir sobre a hipótese de *Overruling*.¹⁰ Em situações específicas (a regra é a *harmonia*), há que se reconhecer, em visão *finalística*, que os efeitos da publicação da lei são mais danosos que o exercício do controle preventivo.¹¹ Assim, é possível pensar o *overruling* da Súmula 266/STF e uma mudança de sentido no que concerne ao entendimento de que, em caso de propositura do mandado de segurança estar-se-ia diante de uma possível violação do *direito público subjetivo do parlamentar* de não se submeter a processo legislativo inconstitucional, quando, em verdade, o parlamentar age em função de um mandato representativo. Trata-se de uma garantia dos representados de não ter aprovada uma lei de flagrante inconstitucionalidade material.

6 Cf. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. “Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2013.

7 A análise sobre a natureza jurídica do MS demanda revistar a construção histórica do próprio MS e, sobretudo, as influências de contextos exógenos no desenvolvimento de sua teoria e prática. Contudo, para efeito do presente trabalho, destaca-se a atuação do Supremo Tribunal Federal quanto ao cabimento de um remédio constitucional que controlasse o próprio processo legislativo, impedindo que este se desenvolvesse quando o conteúdo da proposta de emenda constitucional que violasse cláusula pétreia. Sob esse aspecto, colaciona-se o célebre voto do Ministro Moreira Alves no julgamento do Mandado de Segurança 20.257. O *iter* de sua decisão foi formado no sentido de que, é um direito público subjetivo do parlamentar de não deliberar sobre matéria cujo processo legislativo é vedado pela Constituição. Assim, referido direito reveste-se de conteúdo líquido e certo em face da incidência de uma cláusula pétreia no trâmite do processo legislativo. E, o ato coator seria a tramitação da proposição como um todo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS n. 20.257-DF*. Tribunal Pleno. Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero Franco e Antonio Mendes Canale. Coatora: Mesa do Congresso Nacional. Relator: Ministro Décio Miranda. Brasília, 08 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso em: 30 maio 2013.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 266*. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em 30 maio 2013.

9 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 548.

10 “O *overruling* apresenta-se como o resultado de um discurso de justificação em que resulta infirmada a própria validade de uma regra jurisprudencial antes visualizada como correta.” [...] As situações que são ocasião ao *overruling* – a anulação de um precedente pelo próprio órgão jurisdicional que o estabeleceu – costumam variar, em cada sistema jurídico, em função de fatores institucionais e extrainstitucionais que influem sobre a força do precedente judicial”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 388. Ainda, para Marinoni: “a revogação de um precedente depende de adequada conformação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente a confiança justificada e a preservação contra a surpresa injusta.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.391.

11 “Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As conseqüências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis”. LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

Com efeito, nos casos especificamente citados como objeto de investigação do presente trabalho, desenvolve-se a hipótese de admissão do controle judicial preventivo, nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar.¹² Em termos doutrinários, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade adota o sistema *misto*, contudo *prima* pela dinâmica do modelo repressivo, uma vez que a competência dos membros do Congresso Nacional para impugnar projetos de leis inconstitucionais, mediante mandado de segurança, deve ser exercida de maneira.

[...] parcimoniosa para evitar fortes interferências em assuntos internos de poder legislativo, levando em consideração que a lei poderá ser objeto de fiscalização após a sua promulgação.¹³

Prima facie, deve-se atentar para a justificativa e a extensão do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, uma vez que há previsão da incidência do controle político no modelo brasileiro, mais precisamente do controle político do Projeto de Lei exercido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC. No âmbito do Poder Executivo, há a incidência também do controle político por meio do veto. Para Limonge e Figueiredo, o padrão organizacional do Poder Legislativo (altamente centralizado) e do Poder Executivo brasileiro (demasiadamente dominador da esfera legislativa) é bastante peculiar, em verdade, trata-se de um sistema em que o Legislativo e o Executivo intencionalmente se *confundem*. Na verdade, “o Executivo domina o Legislativo porque tem o poder de agenda” e no âmbito do Legislativo:

[...] a agenda é processada e votada por um corpo organizado de forma altamente centralizada em torno de regras que distribuem direitos parlamentares de acordo com princípios partidários.¹⁴

Ainda, em termos reais “no interior desse quadro institucional, o presidente conta com os meios para induzir os parlamentares à cooperação”.¹⁵ Em consequência, o controle exercido pelo presidente sobre a agenda dos trabalhos parlamentares e do processo decisório no interior do Congresso impacta diretamente na escolha das matérias legislativas cujo conteúdo pode obstar os direitos da minoria em flagrante afronta a preceitos constitucionais. Ademais, essa espécie de controle não é exaustiva. Se assim fosse, colocar-se-ia em discussão, a utilidade do controle repressivo de constitucionalidade, mormente da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Verifica-se que o controle político está sujeito, por sua natureza, “a tantos fins quantos são as metas que grupos organizados propõem, de acordo com os tempos e circunstâncias.”¹⁶

Superada essa questão, em linhas gerais, o exercício do controle jurisdicional preventivo tem por objetivo impedir a tramitação de PEC lesiva a cláusulas pétreas. Em regra, trata-se de uma inconstitucionalidade

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS n. 20.257-DF*. Tribunal Pleno. Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero Franco e Antonio Mendes Canale. Coatora: Mesa do Congresso Nacional. Relator: Ministro Décio Miranda. Brasília, 08 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso em: 30 maio 2013. E BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 24138-DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Rubens Bueno. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772099/mandado-de-seguranca-ms-24138-df>>. Acesso em: 30 maio 2013.

13 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 77-78.

14 LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova: Revista de cultura de política*, n.44, p. 82-215, 1998. p.84-85.

15 LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova: Revista de cultura de política*, n.44, p. 82-215, 1998. p.84-85. No que concerne ao impacto do modelo do presidencialismo de coalizão na concretização da agenda imposta pelo Executivo ao Legislativo, destaca-se o trabalho de Sérgio Antônio Ferreira Victor. O autor aponta alguns indicadores constantes da pesquisa feita em 2010 pelo Núcleo de Pesquisa de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo – NUPPS. Nesse sentido: “O funcionamento do presidencialismo de coalizão brasileiro, estatisticamente considerado, apresenta números que afastam peremptoriamente a alegação de que o sistema tenderia à paralisia. A agenda do governo é dominante e bem-sucedida. Isso significa que a pauta política é ditada por essa agenda e que ela é, via de regra, aprovada. A taxa de dominância é próxima de 90%, de fato, o que vai à votação é a agenda do governo, ao passo que a taxa de aprovação é superior a 70%, muito próxima àquelas verificadas em estáveis democracias parlamentaristas. Isso demonstra que o presidencialismo de coalizão brasileiro funciona com alto grau de disciplina partidária.” VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. 2011. f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas)—Faculdades de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011.

16 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 2008. p. 954.

formal, isto é, a questão discutida é relativa ao processo legislativo previsto pela Constituição Federal para o trâmite de PEC. O próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. Esse entendimento encontra respaldo na Jurisprudência do STF.¹⁷ Ademais, há que se verificar qual o sentido da expressão *deliberação* contida na norma constitucional em seu artigo 60, §4º.¹⁸

Já o controle preventivo de constitucionalidade, por meio da impetração de mandado de segurança para suspender a tramitação de projeto de lei infraconstitucional, pode ser compreendido como um remédio constitucional protetivo do direito de oposição, ou do direito das minorias, que se insere no princípio democrático-republicano.¹⁹ Essa tese é minoritária na doutrina e possui aceitação em alguns votos pontuais no STF²⁰. Contudo, o entendimento majoritário do Tribunal é pelo indeferimento do MS ao argumento de que: i) trata-se de uma inconstitucionalidade material (aspecto substantivo do ato); ii) Prevalência da Súmula 266/STF de 13/12/1963 que não comporta o cabimento de MS contra lei em tese; iii) A *lei* só poderá ser atacada depois de sua existência (vigência), em sede de controle repressivo;²¹ iv) Ofensa à tripartição de poderes.²²

17 “O cabimento do mandado de segurança preventivo na defesa do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo veiculador de proposição tendente a abolir cláusulas pétreas foi aventado, pela primeira vez, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/69, no MS 20.257, impetrado por senadores da República contra a tramitação de Proposta de Emenda à Constituição que aumentava a duração dos mandatos os prefeitos, vice-prefeitos e vereadores municipais de 2 (dois) para 4 (quatro) anos. Nesse caso, julgado em 1980, os impetrantes eram os senadores Itamar Franco e Antonio Mendes Canale, os quais requeriam o impedimento da tramitação das Propostas de Emendas Constitucionais 51 e 52, ambas de 1980, assim como da Emenda 3 às referidas propostas. Argumentavam que a proposição de elevação a duração dos mandatos municipais não poderia ser objeto de deliberação, ante o disposto no art. 47, § 1º, da Carta vigente à época, que dispunha: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República”. (Voto do Min. Gilmar Mendes por ocasião do julgamento do MS 32.033 – DF em 12.06.2103, p. 1).BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 32003-DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23342500/mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>>. Acesso em: 30 maio 2013.

18 Art. 60, § 4º: “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.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013. Eliardo Teles ao analisar a jurisprudência do STF, com destaque para o MS n. 20.257 de 08.10.1980 endente que: [...]“Na configuração constitucional das nossas cláusulas pétreas, o que fica impedido é a colocação em discussão e debate, o processamento, o andamento de uma proposição que viola o núcleo essencial da Constituição. Segundo decisão do Supremo Tribunal Federal de 1980, “a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda”, “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”. TELES FILHO, Eliardo. Suspensão de trâmite de PL não deveria surpreender. Observatório Constitucional. *Consultor Jurídico (CONJUR)*. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-11/observatorio-constitucional-suspensao-tramite-pl-nao-deveria-surpreender>>. Acesso em: 12 maio 2013.

19 Um exemplo concreto dessa hipótese: em 23/04/2013, restou impetrado, por um Senador da República, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Mandado de Segurança Preventivo (MS) nº 32.033, com pedido de medida liminar. O argumento que fundamentava a causa petendi consistiu na violação do devido processo legislativo quanto à tramitação do Projeto de Lei (PL) nº 4.470/2012, o qual estabeleceria “que a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”. Apontou-se como autoridades coatoras a Câmara dos Deputados, em razão da votação, aprovação e envio do Projeto de Lei nº 4.470/2012, ‘supostamente viciado’, ao plenário do Senado Federal, para posterior deliberação, o que poderia acontecer a qualquer momento pela inclusão do referido projeto de lei em pauta de votação. A relatoria desse remédio constitucional coube ao Ministro Gilmar Mendes que em sede de liminar deferiu a ordem ao fundamento de que haveria uma possível violação do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional. Referida decisão foi tomada, ainda, diante da ofensa aos direitos da minoria. Contudo, na votação pelo colegiado, por maioria, o Tribunal conheceu do mandado de segurança e, no mérito, o indeferiu, cassando a liminar concedida (MS 32033 – DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes publicado em 18.02.2014).

20 Atualmente: Dias Toffoli, Celso de Mello e Gilmar Ferreira Mendes. (MS 32.033- DF, Rel. Ministro Teori Zavascki publicado em 20.06.2013). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 32003-DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23342500/mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>>. Acesso em: 30 maio 2013.

21 [...]“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”. (Acórdão do MS 32.033- DF, Rel. Ministro Teori Zavascki publicado em 20.06.2013, p. 2).

22 Assim, consoante o entendimento exposto no Acórdão do MS 32.033- DF de Rel. Ministro Teori Zavascki publicado em 20.06.2013: “A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no

Quanto a esses argumentos, são apresentadas as seguintes reflexões, respectivamente: i) Quanto à inconstitucionalidade material

[...] é possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorra do *desvio de poder* ou do *excesso de poder legislativo* (*excesso di potere legislativo*).²³

Trata-se de uma proposta teleológica que consiste em *confrontar a lei consigo mesma*. Essa doutrina tem fundamento na transferência para o campo legislativo da figura dos desvios do poder nos atos administrativos. Nesse sentido, o *âmbito de liberdade de conformação legislativa* não é *in totum* absoluto. É um ato vinculado. A vinculação da lei decorre da Constituição e sua finalidade imanente impõe limites materiais da *não contrariedade, razoabilidade e congruência*.²⁴ Assim, a lei como produto de um critério de conformação de uma maioria pode afrontar conteúdos constitucionais e afetar direitos de oposição das minorias. Na seara da teoria da lei, a existência de vícios de mérito pode ser também compreendida à luz da *legística material*. Referida técnica pauta-se em critérios para assegurar que a nomogênese da lei

observe requisitos de qualidade e validade que lhes permitam preencher adequadamente e, com eficiência, os seus objetivos operacionais.²⁵

Nesse contexto, associando-se os saberes da *legística à prudência* elementar à razão criadora da lei é possível refletir sobre a técnica da *legisprudência* como forma de compreensão do processo de criação das normas pelo legislador, levando-se em conta os critérios de eficiência, aceitabilidade e coerência.²⁶ A *legisprudência* é uma técnica que permite aproximação e o diálogo entre o legislador e o magistrado. Para Santos:

juízes e legisladores estão em um mesmo plano — ambos atuam como aplicadores de normas — e são responsáveis pelo dever de justificar as suas escolhas, no contexto de um Estado Democrático de Direito”. Nesse sentido, é possível refletir sobre a necessidade de uma “racionalidade prudencial do legislador”.²⁷

ii) Quanto à vedação imposta pela Súmula 266/STF, de que não cabe MS contra lei em tese. Apresenta-se a possibilidade de *Overruling* em razão do contexto democrático republicano contemporâneo. É chegada a hora de se rever o sentido dessa proibição, criada em circunstâncias especiais não mais presentes da realidade constitucional instaurada a partir de 1988.

iii) A transposição da doutrina do *excesso do poder legislativo* deve ser feita com cautela para efeitos de uma técnica de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade pela via do MS. Nesse sentido, a

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 opor-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.” Acórdão do MS 32.033- DF, Rel. Ministro Teori Zavascki publicado em 20.06.2013, p. 2. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32003-DF. Tribunal Pleno. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23342500/mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>>. Acesso em: 30 maio 2013.

23 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1062. Cf. ainda: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, [200?]; CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1950; ZAGREBELSKI, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Milano: Il Mulino, 2012 (Strumenti); PIZZORUSSO, A. Il controllo della corte costituzionale sull'uso della discriczionalità legislativa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, n. 40, p. 795-818, 1986; BOCKEL, A. *Le pouvoir discrétionnaire du législateur*. Paris: Paris Economica, 1982.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1302.

25 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 324.

26 SANTOS, Letícia Camilo. *Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o diálogo das fontes do direito*. 2011. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 173.

27 SANTOS, Letícia Camilo. *Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o diálogo das fontes do direito*. 2011. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 173.

legisprudência pode ser um instrumento de controle e conformação do diálogo tenso entre judiciário (limites da jurisdição) e legislativo (*espaço de prognose legislativa*)²⁸, considerando-se a tarefa de criação da lei um saber poligenético, sobretudo no que concerne à guarda dos preceitos constitucionais.

iV) A atuação do Supremo Tribunal Federal *in casu* deve ocorrer de forma legítima em respeito à divisão de poderes (predominância de funções), sobretudo em obediência ao princípio da interpretação conforme a constituição e também ao princípio do controle corretivo funcional inserido no sistema de freios e contrapesos. Parte-se da constatação de que as decisões em sede de mandado de segurança não se enquadram na modalidade de decisões *excessivamente criativas*, como uma categoria de *ativismo judicial*.²⁹ A própria inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, CF) assegura, com *grano salis*, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário. Ademais, a inércia do legislativo *in casu* será estabelecida pelo Judiciário. Com feito, o problema não é a intervenção pura e simplesmente, mas sim o agir prudente quanto aos limites da *ratio decidendi* em sede de MS. A regra é a não intervenção, mas em casos excepcionais de flagrante desrespeito à garantia constitucional de direitos cabe um agir positivo e fundamentado por parte do *guardião da constituição*. Com efeito, a partir da hipótese analisada no presente trabalho parece ser mais razoável fundamentar a ação do Supremo Tribunal Federal como freio republicano, do que como uma *disfunção no exercício do poder jurisdicional*.³⁰ Considerando-se que há diferenças práticas e conceituais entre *ativismo* e *judicialização*, a presente reflexão se limita a analisar as decisões tomadas no campo do direito que ingressam diretamente na seara da política ao resolver tecnicamente problemas políticos por meio de critérios essencialmente jurídicos. Por fim, cumpre ressaltar que para efeito do presente trabalho a atuação do STF pela via do MS não indica uma *Supremocracia*.³¹

A atuação da Jurisdição constitucional nesse contexto é legítima e está inserida na dinâmica de freios e contrapesos. Assim, não há que se falar em predominância de um poder sobre o outro. Afasta-se, ainda, a aceção do STF *como um paladino ou salvador da ordem jurídica*.³²

O judiciário, enquanto controle contramajoritário, exerce um papel fundamental para a própria configuração da democracia em contraposição a uma ditadura da maioria.³³

Conforme será demonstrado a seguir.

2. A MAIORIA DEMOCRÁTICA E A VIRTUDE REPUBLICANA

A interação entre Democracia e República nos estados modernos ocorre a partir de um princípio: a indivisibilidade do poder. Assim, no que concerne à titularidade do poder, esta é confiada ao *povo*.³⁴ Já o exercício desse mesmo poder é confiado às instituições que representam a *vontade geral* em consonância com o princípio da separação de poderes. Essa distinção é necessária, uma vez que a titularidade do poder e, portanto, a própria concepção de *povo* enquanto unidade do poder político é melhor compreendida à luz dos valores democráticos. E a análise quanto à prática de divisão do poder é uma tarefa confiada aos princípios republicanos. A partir dessa interação entre Democracia e República é possível examinar a condução das instituições políticas e do próprio Direito.

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1300.

29 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

30 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

31 VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

32 Chamon Junior: prefácio à segunda edição de Cattoni de Oliveira. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

33 Carvalho Netto, Menelick de: Apresentação a Cattoni de Oliveira. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 33.

34 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.137.

Com efeito, a evolução do modelo de representação demonstra um conflito entre os interesses dos *governantes*, de um lado, e os dos *governados* (ou do *povo*), de outro.

Buscou-se uma solução ao incorporar ao conceito de representação a ideia de uma associação dos interesses dos dois grupos.³⁵

Esses dois grupos representam o governo da maioria e o direito de oposição da minoria. A essa constatação, acrescenta-se a contribuição de Bork, a partir da qual,

há coisas que a maioria não pode fazer, por mais democrática que tenha sido a decisão. São áreas deixadas para liberdade individual, sendo a coerção da maioria nesse aspecto da vida uma tirania.³⁶

A *igualdade política* é uma premissa fundamental da democracia indireta. Do ponto de vista do indivíduo, tem suas bases na luta por iguais condições de participação nos assuntos do Estado. Nesse sentido, um grande temor que perpassa os ideais democráticos é a constituição de um governo tirânico. Esse temor ainda persiste, mas essa *igualdade* na contemporaneidade se reveste de outras características como o *critério* de igualdade eleitoral (*one man, one vote*) e como um postulado do *processo decisório*, mais amplo que o *critério eleitoral* para composição de quórum.³⁷ Esse postulado defende a participação igualitária nos processos políticos. A igualdade política consiste basicamente em dois postulados: i) O governo da maioria está justificado como meio para alcançar a igualdade política enquanto não violar os direitos fundamentais de uma democracia; ii) Existência de instituições políticas e jurídicas necessárias para pôr limites adequados à autoridade da maioria para promulgar leis.³⁸ A representatividade deve ser construída em bases politicamente igualitárias. Assim, o que está em jogo na decisão da maioria é o procedimento para formar um conjunto de interesses. “*Não se espera que na democracia haja unanimidade*”.³⁹ Democracia é dissenso, isto é, liberdade para a divergência, em termos de participação na formação de interesses. E sob, esse aspecto a ordem jurídica democrática, deve garantir o direito de oposição das minorias.

A prova mais segura para julgar se um país é verdadeiramente livre, é o quantum de segurança que gozam as minorias.⁴⁰

A tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário⁴¹.

A democracia majoritária é o cerne do nosso sistema constitucional.⁴² Contudo, como uma via de mão dupla, a experiência histórica demonstra que também pode haver minorias opressoras.⁴³ Para Constant quando, por exemplo:

uma minoria feroz e ruidosa toma o nome da maioria para tiranizar a sociedade e, o que elas alegam para justificar suas afrontas? A soberania do povo, sempre como princípio de governo.⁴⁴

A República na contemporaneidade, no contexto de um Estado de Direito Democrático representa um *filtro racional* à vontade da maioria representa quando esta excede suas prerrogativas. Na verdade, a regência republicana na atualidade promove um resgate dos fundamentos do *Rule of Law* e do *Judicial Review*. Contu-

35 “O pressuposto fundamental desse raciocínio, de que os interesses de todos são essencialmente idênticos, é algo que ‘nossa geração tem dificuldade para engolir, e na verdade sabemos que muitos de nossos precursores também tinham suas dúvidas a respeito dele’”. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 103- 105.

36 GARVEY, John H.; ALEINTKOFF, T. Alexander. *Modern constitucional theory: a reader*. Saint Paul: West Publishing, 1990. p. 41.

37 SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Madrid: Taurus, 2007. p. 30.

38 DAHL, Robert Alan. *La igualdad política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 28-30.

39 RIBEIRO, Renato Janine. *A República*. São Paulo: Publifolha, 2008. p. 35.

40 ACTON, Lord. *Essays on freedom and power*. New York: Meridian, 1955. p. 56.

41 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 12.

42 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 12.

43 Historicamente, citam-se os regimes autoritários.

44 CONSTANT, Benjamin. *Princípios de políticas aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p.631.

do, quanto ao funcionamento desse sistema, importa em uma releitura do instituto da separação dos poderes ou uma *nova separação dos poderes* para Ackerman.⁴⁵ Com efeito, na realidade brasileira, a *intervenção* do Poder Judiciário no Legislativo pode ser legítima a fim de evitar que a maioria parlamentar *reinante* afronte direitos constitucionais consagrados à proteção das minorias. Seguindo-se o alerta de Villoro, esse pensamento *vivo* deve ser construído, a partir da experiência.⁴⁶

O pensamento republicano, aliado ao ideal democrático é pautado no império da lei como expressão máxima da vontade do povo. Ocorre que a *vontade* ou os *desejos* do povo podem não ser os mais nobres. “*A tirania das massas é tão repugnante quanto a do indivíduo ou do grupo*”.⁴⁷ Para Ribeiro, o interesse (ou a vontade tirânica da massa) “*rompe decisivamente com a virtude*”. Este é um *perigo da democracia*. “*O desejo negocia pouco, a virtude despreza a negociação*”. Essa articulação constitui a temática do equilíbrio republicano.⁴⁸

“A república é um reto governo de vários lares e do que lhes é comum, com poder soberano”. Com essa definição Jean Bodin abre o capítulo I, intitulado “qual é o fim principal da República bem ordenada” do primeiro livro da “República”. Diz-se, em primeiro lugar, reto governo pela diferença que existe entre as Repúblicas e as tropas de ladrões e piratas.⁴⁹ A República em sua essência representa o reto governo e também o locus da virtude.

Ressalta-se que a *virtude* contemporânea comporta a ideia de transparência (*visibility*) que, por sua vez, está associada à *accountability* horizontal, uma forma de *prestação de contas* entre os poderes da República. Nesse modelo, uma instituição atua para “*prevenir, corrigir e/ou punir ações/omissões de outra instituição*”.⁵⁰ Com efeito, se todo poder emana do povo, o Judiciário é juridicamente responsável para com o povo, por meio da guarda da constituição. A *accountability* do Poder Judiciário é um processo necessário, porém de natureza distinta, uma vez que seus membros não são eleitos, mas devem da mesma forma agir com *transparência* no exercício de seus atos.

O diálogo republicano/democrático entre o Judiciário e Legislativo não indica a supremacia de um poder sobre o outro, mas sim a *supremacia dos valores constitucionais*, base do Estado Democrático de Direito. Em termos de uma democracia representativa, se “*todo poder emana do povo que o exerce através de seus representantes*”⁵¹, há que se promover o *bem de todos*, sem qualquer discriminação como fundamento da República Federativa do Brasil⁵². E, havendo *ameaças* a esse direito constitucional, enseja-se a apreciação do Poder Judiciário⁵³, *in casu* do guardião da Constituição⁵⁴. Trata-se, em realidade de um governo de Leis e não de magistrados (*governo dos juízes*).⁵⁵

45 ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

46 VILLOORO, Luis. *El concepto de ideología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

47 RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton. (Org). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2000. p. 13.

48 RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton. (Org). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2000. p. 17.

49 BODIN, Jean. *Os seis livros da República*. São Paulo: Ícone, 2011. p. 71.

50 O'DONNEL, Guilherme. Democracia, desarrollo humano y derecho humanos. In: O'DONNEL, Guilherme; LAZZETTA, Osvaldo; CULLELL, Jorge Vargas (Comp.). *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*: reflexiones sobre la calidad de la democracia em América Latina. Rosário: Homo Sapiens, 2003. p.119.

51 Parágrafo único do artigo 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

52 Artigo 3º, inc. IV: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

53 Art. 5º, inc. XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

54 “Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

55 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

Em termos substanciais, o Poder legislativo é a arena democrática por natureza, onde se impera a regra da maioria. Contudo, para coibir os *excessos* da maioria cabe à república a contenção dos *desejos* democráticos. Esse papel é confiado ao poder Judiciário como instrumento de atuação republicana (contramajoritária), recordando-se as origens aristocráticas da República. De fato, a tradição republicana além de ser cívica é aristocrática.⁵⁶

3. SEPARAÇÃO DOS PODERES E A (IN)TOCABILIDADE DOS ATOS DO PARLAMENTO NO MODERNO CONSTITUCIONALISMO

A separação dos poderes consagrada constitucionalmente não opera na atualidade em *perfeita* harmonia, se é que em algum momento isso foi possível. Ocorre que, “*nossos textos legais não vieram do Olimpo, nem de seus arredores*”.⁵⁷ A experiência demonstra que o instituto da separação dos poderes, na verdade, coexiste com a interferência necessária contra o arbítrio da maioria desenfreada, porém limitada ao *rule of Law*, para que não se converta em um *governo de juízes*. Com efeito, “*um judiciário politicamente fraco não estará à altura da missão constitucional de defender o povo contra a usurpação do poder, que redundará na ditadura e na tirania*”. E, da mesma forma

se o povo não prestigiar o judiciário recorrendo-se a ele para manter o equilíbrio do poder, haverá um desequilíbrio na República.⁵⁸

Para Bigonha e Moreira, o esvaziamento do Parlamento no que concerne ao silêncio intencional de questões tormentosas e a judicialização da vida são ingredientes para uma revisão do modelo tradicional de separação de poderes. Com efeito, somente uma corte constitucional forte pode combater a maioria parlamentar reinante.⁵⁹

Nesse sentido, há que se repensar a imunidade dos atos parlamentares decorrentes do Princípio da soberania do Parlamento e a doutrina das questões políticas. Como conquistas históricas representam um marco fundamental do processo de controle dos governos *tirânicos*, como observado por Tocqueville,

[...]quando os parlamentos são abolidos, o mesmo público que tão frequentemente tivera de suportar seus preconceitos, comove-se profundamente ao vê-los cair.

E, prossegue em lírica descrição, “*parecia que com eles caía a última barreira que ainda podia conter a arbitrariedade régia*”.⁶⁰ Contudo, a onipotência parlamentar também poderia se converter em uma concentração excessiva de poderes. A criação de uma instituição desvinculada do governo e do parlamento é um fator determinante para as modernas democracias. Para Kelsen “*é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo. A legislação é subordinada à Constituição*”.⁶¹ Na contemporaneidade, em certa medida, a intocabilidade do parlamento pode revestir-se de uma *ideologia*, uma espécie de *distopia* para esconder a realidade conflitiva do cenário político.

Decerto, é inconcebível a *intervenção* do judiciário nos atos dos parlamentos em contextos em que a própria história do parlamento se confunde com a tradição constitucional do Estado, como é o caso da experiência britânica. Para Dicey, no constitucionalismo britânico, o princípio supremacia do parlamento tem como dogma o fato de que, que:

[...]nenhuma pessoa ou entidade é reconhecida pela lei da Inglaterra como tendo o direito de cancelar ou anular a legislação do Parlamento.⁶²

56 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

57 SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Processo legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

58 SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos (check and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 18.

59 ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. Prefácio.

60 TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 183.

61 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

62 DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: Macmillan and Co. Limited & St. Martins

Todavia, na contemporaneidade um número significativo de autores amplia a discussão sobre a necessidade de *reinventar o governo inglês*.⁶³

A forte tradição da intocabilidade dos atos do Parlamento encontra um equilíbrio na própria prática Republicana. Assim, a supremacia do Parlamento é relativizada pela supremacia da Constituição (*Rule of Law*). A Suprema Corte norte americana no julgamento do *leading case Powell x Mac Komack* em 1969, entendeu que “o propósito da proteção deferida aos legisladores não é impeditiva da revisão judicial da ação legislativa”.⁶⁴ Para Reale:

Impossível é reconhecer o primado do Poder Legislativo, pois função legislativa e poder legiferante não coincidem, sendo a lei geralmente o resultado de uma colaboração harmônica de poderes.⁶⁵

Reconhece ainda “que poucos se mantêm apegados ao dogma da divisão de poderes”⁶⁶. A história constitucional demonstra que essa *separação* é antes de tudo um *valor pragmático* de distribuição das funções do Estado. Na atualidade, observa-se a *permeabilidade dos três poderes* de maneira que não se distingue rigorosamente o Executivo, o legislativo e o Judiciário.⁶⁷ Com efeito, a tese Hegeliana no que concerne à separação dos poderes poder ser melhor compreendida à luz dessas constatações. Assim, para Hegel a *interdependência orgânica* dos poderes é possível em um Estado compreendido como um organismo vivo e articulado, não um Estado abstrato. No *Estado político*, a palavra divisão não é a melhor expressão para designar esse mecanismo, uma vez que remete a uma rigorosa ideia de repartição.⁶⁸

De fato, a *interdependência orgânica* dos poderes compõe as páginas do moderno constitucionalismo. Assim, é a partir da concretização da ideia de constituição e da consolidação das práticas e das instituições políticas que os Poderes encontram a garantia do equilíbrio necessário ao diálogo. O princípio da separação dos poderes é, portanto, uma instituição desenvolvida no marco do constitucionalismo.⁶⁹ A emergência das constituições representa um forte aliado à República e aos pilares do Estado de Direito Democrático. Contudo, tomando o modelo de constituição escrita, o que representa o processo de formação dessa lei fundamental? Como a atividade legislativa pode ser ao mesmo tempo garantidora e ameaçadora da ordem nas sociedades contemporâneas? Essas questões podem ser compreendidas à luz da *legisprudência*.

4. A NOMOGÊNESES DA LEI E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O postulado da atuação do STF como um *freio republicano* à vontade democrática destoante, isto é, quando esta colide com os direitos contidos na Constituição Federal reveste-se de um processo legítimo de acomodação de conflitos. Ao levar o debate sobre o conteúdo material da lei (*lei em tese*) — e seus procedimentos (*conteúdo formal*) para o Judiciário é possível aplicar uma troca de saberes no que concerne a *nomogêneses* da lei.⁷⁰ Essa

Press, 1915.

63 RIDLEY, F.F. Reinventing British Government. *Parliamentary affairs*, v. 48, n. 3, p. 387-400, jul/1995.

64 TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. USA: Foundation Press, 1988. p. 374. Sem perder de vista a importância do emblemático caso *Marbury x Madison* de 1803.

65 REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 352-353.

66 REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 352-353.

67 REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 352-353. Ressalta-se que a expressão *permeabilidade dos três poderes* é de Polacco citado por Reale na obra em referência.

68 HEGEL, G.W.F. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

69 CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 20.

70 “Para que se possa falar, por conseguinte, de ‘fonte do direito’, isto é, de fonte de regra obrigatórias, dotadas de vigência e de eficácia, é preciso que haja um poder capaz de especificar o conteúdo do devido, para exigir o seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção. É por isso que se diz que o problema das fontes do direito se confunde com o das formas de produção de regras de direito vigentes e eficazes, podendo ser elas genéricas ou não. Por ora, podemos fixar esta noção essencial: toda fonte de direito implica uma estrutura normativa do poder, pois a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica), só ocorre em virtude da interferência de um centro de poder, o qual, diante de um complexo de fatos e valores, opta por dada solução normativa com características de objetividade.” REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 141.

tarefa é reconhecida como *poligenética*, isto é, no que concerne a um controle de constitucionalidade preventivo, o judiciário é partícipe na análise de constitucionalidade do Projeto de lei. A primeira etapa desse diálogo entre legislador e intérprete jurisdicional pode ser estabelecida a partir da necessária prudência também aplicável à formação da lei. Assim a *Legisprudencia* constitucional é um dos pilares do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Juízes e legisladores são diferentes, mas se aproximam na ideia de prudência.⁷¹ Ademais, por razões de controle e transparência, ambos devem fundamentar suas escolhas e decisões de forma razoável. Assim, não há como confinar o processo de elaboração dos atos normativos somente à dimensão política.

Com efeito, na democracia representativa cabe ao Poder Legislativo, a concretização abstrata, genérica e vinculante da vontade do povo. A atividade legiferante na atualidade enfrenta o desafio de colmatar os problemas decorrentes da sociedade complexa e dos avanços tecnológicos em diversas áreas do conhecimento. Contudo, a pressão de grupos sociais por uma resposta rápida pode ensejar a criação de atos normativos deficitários e incongruentes com os pilares constitucionais. Os riscos da produção normativa não se exaurem na tentativa de estabelecer regular ordem na sociedade. A competência para editar normas está adstrita a um fundamento objetivo de necessidade e coerência, isto é, a criação e aprovação de leis supérfluas e incoerentes, configura abuso do poder de legislar.

A atividade legislativa deve ser exercida com responsabilidade e dentro dos limites constitucionais, consoante o disposto no art. 1º, parágrafo único da Constituição da República Federativa de 1988⁷². Da mesma forma, o poder regulamentar de competência do Presidente da República, com fincas no disposto no art. 84, IV da CF/88⁷³.

O planejamento legislativo é a base do processo de verificação da qualidade da lei. Os saberes proporcionados pela *Legística* permitem a '*racionalização do padrão e do ritmo de produção de normas jurídicas*'. A Legística Material tem por escopo atuar no processo decisional de escolha sobre o conteúdo da nova legislação, '*em como o processo de regulação pode ser projetado, através da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico*'.⁷⁴ Nesse sentido, todas as três esferas do poder, no exercício de suas funções do Estado, devem ser encarregadas da tarefa poligenética de se aterem ao exame de constitucionalidade dos projetos de leis que tramitam perante o Parlamento, sob pena de haver conteúdos normativos criados em afronta à ordem jurídica democrática e cujos efeitos sejam irreversíveis, como no caso de prejuízo severo aos direitos das minorias.

O controle de constitucionalidade preventivo é exercido pelos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Contudo, em termos conceituais, a atuação do Poder Legislativo ou Executivo denomina-se *controle político*. Assim, na realidade brasileira, o 'Controle Preventivo de Constitucionalidade Político' seria aquele realizado no decurso do trâmite do processo legislativo, como por exemplo, por meio das Comissões de Constituições e Justiça ou pelo Poder Executivo por meio do veto Presidencial. Já o controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade recai sobre o processo de elaboração legiferante pela via do mandado de segurança impetrado por parlamentar.

71 A Legisprudência enquanto teoria da legislação possui como marco a obra de Wintgens. Para o autor é possível estabelecer uma crítica sobre a separação epistemológica entre direito e política, uma vez que, a separação entre os dois campos deriva de uma opção que encobre escolhas políticas feitas no processo de criação do direito. Com efeito, o legalismo considera o comportamento normativo como uma questão de obediência às regras, sem se importar com a sua origem – o que impõe a crença na desnecessidade de reflexão sobre o processo de criação das leis. Contudo, assim como há para os juízes o dever de motivação das decisões, também há para o legislador o dever de justificação de suas escolhas, como uma condição de legitimidade da lei. Cf. WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation. Ratio Juris*, Oxford, v.19, n.1, p.1-25, mar. 2006.

72 "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

73 "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução". BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

74 SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan./jul. 2007. p. 125.

A considerar a *legisprudencia* como uma espécie de controle preventivo (político e jurisdicional) há uma ampliação de seu ponto de atuação e, no que concerne a garantia constitucional, passa a ser um saber *poligênético*. Com efeito, o estudo da qualidade da lei (*legística*) compreende a técnica redacional (Legística formal), mas também, a avaliação da decisão de legislar (o conteúdo da futura norma).⁷⁵ Inocêncio Mártires Coelho recorda Lúcio Bittencourt, “em estudo de 1942, que a interpretação é parte integrante do processo legislativo.”⁷⁶ Assim, para Coelho

[...]esse estado de coisas parece remeter para o museu da história a clássica tese kelseniana de que, ao examinar a validade das leis em face da Constituição, os tribunais constitucionais só poderiam agir como legisladores negativos.⁷⁷

Sob esse aspecto há que se observar dois momentos: i) o momento de criação da norma em que existe necessariamente uma confluência entre a ordem jurídica já posta e as questões políticas, sociais e econômicas que justifiquem sua gênese e, ii) o plano da aplicação da norma que, em regra, deve-se primar pela segurança da objetividade. A atuação do Supremo Tribunal Federal, em casos necessários que violem preceitos constitucionais no *iter* do processo legislativo, encontra-se materializado na primeira hipótese, com efeito, há que se reconhecer um controle preventivo jurisdicional e político de constitucionalidade. Reitera-se que a tarefa de criação da norma no que concerne à guarda dos valores constitucionais é poligênética. Observa-se como regra a vontade da maioria, mas quando esta usurpa direitos da minoria, impera-se contenção republicana. Assim, a partir desse entendimento, há que se dimensionar a extensão da atuação do Supremo Tribunal Federal como um ator da legística constitucional *ex ante* e como instituição legítima para a avaliação e aplicação do filtro republicano. Enquanto o legislativo é o *locus* das escolhas majoritárias, o Executivo representa o espaço para as escolhas discricionárias, reserva-se ao poder judiciário o juízo de composição técnica.

O pilar da vontade do povo insculpido nos regimes democráticos é, na verdade, institucionalmente representado pelas três funções do Estado.

Todo poder estatal origina-se do povo. Isso exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional com representação do povo.⁷⁸

Sem perder de vista também o poder executivo. Ocorre que referidas representações ocorrem de formas diferentes: o Parlamento e o Executivo “representam o povo politicamente, o tribunal constitucional, de forma argumentativa”.⁷⁹ Com efeito, ao Parlamento cabe a função de elaborar leis em consonância com o legítimo processo democrático. E ao tribunal impõe-se o dever de interpretar e controlar essas leis buscando democratizá-las em consonância com os valores do Estado de Direito.⁸⁰

Uma crítica que se faz a pretensa *interferência* do Poder Judiciário em atos do Poder Legislativo é a possibilidade de interromper o debate da matéria no âmago da arena discursiva por natureza. Quanto a essa observação, entende-se que, em verdade, não se trata de ceifar a deliberação, algo prejudicial a uma democracia. Mas sim, a partir de instrumentos legítimos constantes do próprio modelo de democracia republicana, ampliar o debate. Trazer à arena discursiva, o Poder Judiciário como órgão legítimo para participar da tarefa

75 VARGAS, Ana; FRAGA, Ana. Da qualidade da legislação ou de como pode o legislador ser um fora-da-lei. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Coimbra, n. 27, p. 31-71, jan./mar.2000.

76 BITTENCOURT, C.A. Lúcio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, v.4, n.3, p. 121-127, dez. 1942. Citado por COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. In: REUNIÃO DO CENTRO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS DO UNICEUB, 2., 2014. Brasília. *Texto para debate*. Brasília: Uniceub, 2014.

77 COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. In: REUNIÃO DO CENTRO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS DO UNICEUB, 2., 2014. Brasília. *Texto para debate*. Brasília: Uniceub, 2014.

78 ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 66.

79 ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 66

80 ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.p. 66.

de criação da norma. Contudo, resta saber se, mesmo diante dessa possibilidade, o Supremo Tribunal Federal tem a intenção de participar de mais uma tormentosa discussão.

5. CONCLUSÃO

A toda evidência, a suposta usurpação de Poder judiciário pode ser indispensável para realizar a Constituição e tornar efetiva a defesa dos direitos fundamentais contra eventuais agressões do legislador.⁸¹ Em linhas gerais, o Supremo Tribunal Federal pode ser compreendido como um ator da legística *ex ante*, ao julgar a constitucionalidade (mais alto grau de qualidade) de um projeto de lei que tem por fundamento a violação de direitos já consagrados, como o direito das minorais. Sobre essa questão, inspirando-se em Ely, pode-se afirmar que democracia é desconfiança⁸², isto é, a liceidade para o dissenso, para a oposição. E, nesse sentido, o que impulsiona a atuação do Judiciário é garantia de voz dos parlamentares que se encontram em seu direito líquido e certo de não participarem da formação de uma lei eivada de vícios de inconstitucionalidade. Assim, em sede de controle preventivo, a jurisprudência pode ser um instrumento de controle e conformação do diálogo tenso entre judiciário (limites da jurisdição) e legislativo (espaço de prognose legislativa), considerando-se ser a tarefa de criação da lei um saber poligenético, mormente no que concerne à guarda dos preceitos constitucionais. Para Alfredo Buzaid, o mandado de segurança representa a mais notável forma de tutela jurídica dos direitos individuais e coletivos que, “por largo tempo, foi apenas uma auspiciosa promessa”.⁸³ E, a exemplo das decisões constitucionais da Corte de Warren⁸⁴, *mutatis mutandis*, também possa o nosso Supremo Tribunal Federal ser movido pela prudência em assegurar que o processo político esteja aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições isonômicas. É na esfera jurisdicional que os valores substantivos da democracia e os princípios republicanos podem ser adequadamente identificados e equilibrados.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ACTON, Lord. *Essays on freedom and power*. New York: Meridian, 1955.
- ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- BIGNOTTO, Newton. (Org). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2000.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.
- BOCKEL, A. *Le pouvoir discrétionnaire du législateur*. Paris: Paris Economica, 1982.
- BODIN, Jean. *Os seis livros da República*. São Paulo: Ícone, 2011. Livro 1
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2000.

81 COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. In: REUNIÃO DO CENTRO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS DO UNICEUB, 2., 2014. Brasília. *Texto para debate*. Brasília: Uniceub, 2014.

82 ELY, Jonh Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

83 BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1. p. 136-150.

84 UNITED STATES. Supreme Court. *The Warren Court, 1953-1969*. Disponível em: <http://supremecourthistory.org/timeline_court_warren.html>. Acesso em: 16 out. 2011.

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 24138-DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Rubens Bueno. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772099/mandado-de-seguranca-ms-24138-df>>. Acesso em: 30 maio 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 32003-DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23342500/mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>>. Acesso em: 30 maio 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS n. 20257-DF*. Tribunal Pleno. Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero Franco e Antonio Mendes Canale. Coatora: Mesa do Congresso Nacional. Relator: Ministro Décio Miranda. Brasília, 08 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso em: 30 maio 2013.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1.
- CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civil*. Padova: CEDAM, 1950.
- CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- COELHO, Inocência Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. In: REUNIÃO DO CENTRO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS DO UNICEUB, 2., 2014. Brasília. *Texto para debate*. Brasília: Uniceub, 2014.
- CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.
- DAHL, Robert Alan. *La igualdad política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: Macmillan and Co. Limited & St. Martins Press, 1915.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- GARVEY, John H. ALEINTKOFF, T. Alexander. *Modern constitutional theory*. Saint Paul: West Publishing, 1990.
- HEGEL, G.W.F. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova: Revista de cultura de política*, n.44, p. 82-215, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- O'DONNELL, Guillermo; LAZZETTA, Osvaldo; CULLELL, Jorge Vargas (Comp). *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia em América Latina*. Rosário: Homo Sapiens, 2003.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- PIZZORUSSO, A. Il controllo della corte costituzionale sull'uso della discrizionalità legislativa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, n. 40, p. 795-818, 1986
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RIBEIRO, Renato Janine. *A República*. São Paulo: Publifolha, 2008.
- RIDLEY, F.F. Reinventing British Government. *Parliamentary affairs: A Journal of comparative politics*, Oxford, v. 48, n. 3, p. 387-400, jul/1995.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SANTOS, Letícia Camilo. *Análise da decisão judicial no quadro da jurisprudência: o diálogo das fontes do direito*. 2011. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 173
- SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Madrid: Taurus, 2007.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos (check and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SOARES, Fabiana de Menezes. Logística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan./jul. 2007.
- TELES FILHO, Eliardo. *Suspensão de trâmite de PL não deveria surpreender*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-11/observatorio-constitucional-suspensao-tramite-pl-nao-deveria-surpreender>>. Acesso em: 12 maio 2013.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. USA: Foundation Press, 1988.

UNITED STATES. Supreme Court. 1803. Sentence of February 11. *Marbury v. Madison*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/default.aspx>>. Acesso em: 02 jun. 2013

UNITED STATES. Supreme Court. *The Warren Court, 1953-1969*. Disponível em: <http://supremecourthistory.org/timeline_court_warren.html>. Acesso em: 16 out. 2011.

VARGAS, Ana; FRAGA, Ana. Da qualidade da legislação ou de como pode o legislador ser um fora-da-lei. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Coimbra, n. 27, p. 31-71, jan./mar.2000.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. 2011. f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas)—Faculdades de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, p. 441-464, jul.-dez./2008.

VILLOORO, Luis. *El concepto de ideología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WINTGENS, Luc J. Legisprudence as a New Theory of Legislation. *Ratio Juris*, Oxford, v.19, n.1. p.1-25, mar. 2006.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Milano: Il Mulino, 2012.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.