

# Jurisdição constitucional da crise ou crise da jurisdição constitucional? Uma defesa da garantia do devido processo legislativo<sup>1</sup>

## Judicial review of the crisis or crisis of the judicial review? A defense of the guarantee of due legislative process

**Diogo Bacha e Silva<sup>2</sup>**

Faculdade de São Lourenço, Brasil  
diogobacha@ig.com.br

**Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira<sup>3</sup>**

Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil  
mcattoni@gmail.com

### Resumo

O presente texto pretende retomar a discussão da jurisdição constitucional como garantidora das condições processuais para o exercício da autonomia pública. Para alcançar este objetivo é preciso que o Supremo Tribunal Federal leve a sério o processo legislativo enquanto espaço institucionalizado da autonomia de cada cidadão. Assim, analisam-se casos concretos recentes em que, em tempos de crise, o Supremo Tribunal Federal deixou de atuar como garantidor do devido processo legislativo.

**Palavras-chave:** jurisdição constitucional, processo legislativo, Supremo Tribunal Federal.

### Abstract

This paper intends to resume the discussion of the judicial review as guarantor of the procedural conditions for the exercise of public autonomy. To achieve this goal it is necessary that the Supreme Court takes seriously the legislative process as an institutionalized space of autonomy of every citizen. Thus, the article analyzes recent concrete cases in which, in times of crisis, the Supreme Court failed to act as the guarantor of due legislative process.

**Keywords:** judicial review, legislative process, Supreme Court.

<sup>1</sup> Para Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia.

<sup>2</sup> Faculdade de São Lourenço. Rua Madame Schmidt, 90, Federal, 37470-000, São Lourenço, MG, Brasil.

<sup>3</sup> Universidade Federal de Minas Gerais. Av. João Pinheiro, 100, Centro, 30130-180, Belo Horizonte, MG, Brasil.

## Introdução

A jurisdição constitucional, já desde *Marbury vs. Madison*, tornou-se um importante *locus* de cidadania e de reafirmação dos direitos individuais. Vale dizer, tornou-se um espaço de luta *do* e *pelo* direito contra a sua própria colonização pelos subsistemas econômico e político. É um espaço de luta que conclama ao exercício da autonomia pública e privada.

Em tempos de crise econômica e política, a jurisdição constitucional se vê constrangida pelos subsistemas econômico e político a afrouxar os laços de garantias de tal forma que, em momentos de instabilidade, facilita-se o processo de mercantilização do mundo da vida. Em vez de afirmações de argumentos de princípio, teríamos então argumentos de política. Os laços de liberdade e igualdade que unem nossa comunidade política seriam rompidos pela ideia de mercado, pela ideia pragmatista de que os fins justificam os meios.

Nosso intuito é analisar como, após a instalação de uma crise política e econômica no ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal vem lidando com as garantias do devido processo legislativo.

Para tanto, escolhemos casos levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, enquanto importantes oportunidades para a definição da jurisdição constitucional como espaço de garantia da gênese democrática da vontade pública.

O primeiro caso concreto analisado é a votação da Proposta de Emenda à Constituição 171/93 pela Câmara dos Deputados e a impetração do Mandado de Segurança 33.967 perante o STF com a alegação de que reapreciação de emenda aglutinativa, na mesma sessão legislativa, em Proposta de Emenda à Constituição cuja matéria haja sido expressamente rejeitada, ofende a garantia do parlamentar de participar de um processo legislativo de acordo com a Constituição.

Em um segundo momento, analisaremos a impetração do Mandado de Segurança 33.729 perante o STF consistente na arguição de inconstitucionalidade do julgamento de análise das contas presidenciais em sessão separada pela Câmara dos Deputados, bem como o julgamento do Agravo Regimental da liminar apreciada pelo Min. Luis Roberto Barroso.

Em terceiro, ofereceremos uma análise dos pontos em comum dessas matérias díspares tratadas pelo Supremo Tribunal Federal no que toca à garantia da própria Constituição em tempos de crise política.

## Proposta de Emenda à Constituição e o devido processo legislativo: por um controle de constitucionalidade em sentido forte das garantias democráticas

O Mandado de Segurança n°. 33.927 impetrado perante o Supremo Tribunal Federal buscou rediscutir uma conduta praticada pela Presidência da Câmara dos Deputados na qual, após a rejeição de matéria constante em Proposta de Emenda à Constituição pelo plenário, submete novamente à apreciação do plenário, na mesma sessão legislativa, emenda aglutinativa com matéria idêntica à anterior reprovada.

No caso, o *mandamus* acima citado pretende a concessão da segurança na Proposta de Emenda à Constituição 171/93 que visava modificar a Constituição, art 228, para reduzir a maioria penal para 16 (dezesesseis) anos completos. Com efeito, na terça-feira do dia 30/06/2015, a PC 171/1993 foi colocada em pauta para discussão e deliberação na Câmara dos Deputados. Tal Proposta de Emenda à Constituição foi rejeitada, tendo em vista não ter alcançado o quórum constitucional de 3/5 dos membros da casa legislativa em 1º turno, alcançando o voto favorável de 303 deputados. O texto discutido referia-se a uma emenda apresentada pela Comissão Especial ao projeto original com o seguinte teor:

Art. 228 - São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial.

§1º - Ao condenado entre dezesseis e dezoito anos são aplicáveis as penas previstas no Código Penal, sendo, porém, seu cumprimento realizado nos estabelecimentos previstos pela legislação especial até a idade de vinte e um anos.

§2º - Ao completar vinte e um anos, o condenado a que se refere o §1º será transferido para o sistema prisional, cessando a aplicação das normas da legislação especial na execução da pena.

§3º - Aplicada a pena, o tempo de medida socioeducativa cumprida até os vinte e um anos será computado para todos os efeitos legais.

Não obstante, no dia posterior, foi colocada em votação outra emenda em votação referente ao mesmo projeto. Emenda essa denominada de aglutinativa e cujo teor era:

Art. 228 – São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeito às normas da legislação especial, ressalvado os menores de 16 anos, observando-se o

cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de 18 anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.

A questão posta pelo mandado de segurança, portanto, é a garantia constitucional do art. 60, § 5º, da CF/88, a qual dispõe que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. Em síntese, ao Supremo Tribunal Federal deve ser questionado qual a função da referida garantia para o direito? O que o Supremo Tribunal Federal espera da democracia no exercício do controle de constitucionalidade?

A Teoria Discursiva do Direito nos ensina que a soberania popular, mormente em sede de sociedades complexas e plurais, deve ser vista como poder político que emana do poder comunicativo dos cidadãos. Os cidadãos se regem por leis que eles mesmos se dão, através de uma formação discursivamente construída da opinião e vontade públicas (Habermas, 2010, p. 238; cf.: Bacha e Silva, 2013, p. 54; Cattoni de Oliveira, 2016a, 2016b, p. 219-250).

É próprio da condição humana, num sentido que genealogicamente se remete ao *zoon politikon* aristotélico, mover-se dentro de um espaço de comunicação e entendimento capaz de gerar uma força ilocucionária, motivadora, justificadora e realizativa, através do agir comunicativo (Cattoni de Oliveira, 2013, p. 99-110). O exercício legítimo do poder estatal está, portanto, atrelado ao poder comunicativo dos cidadãos.

Por isso, há real necessidade de se conceber que o Estado Democrático de Direito seja entendido como um processo de institucionalização do direito legítimo e, portanto, da autonomia privada, e dos pressupostos e condições de formação da vontade e opinião pública, a qual faz possível o exercício da autonomia pública, para uma produção legítima de normas (Habermas, 2010, p. 523). A produção legítima de normas, portanto, impele que os destinatários das normas sejam, ao mesmo tempo, seus coautores (Habermas, 2010, p. 172; Cattoni de Oliveira, 2016a, p. 101).

Daí que a jurisdição constitucional retira sua legitimidade, através da garantia dos mecanismos da for-

mação da opinião e vontade política, denotando uma visão da Constituição como garantia do exercício da autonomia dos cidadãos<sup>4</sup>. O exercício da autonomia dos cidadãos somente pode ser resguardado na medida em que o “guardião do processo democrático” realize um controle de constitucionalidade no sentido forte de exigir o fiel respeito às garantias democráticas (Cattoni de Oliveira, 2014).

No caso do Mandado de Segurança 33.630, em que se discutia, da mesma forma que o Mandado de Segurança aqui analisado, o respeito ao art. 60, § 5º, da Constituição Federal, a Ministra Rosa Weber, em decisão liminar, entendeu que não cabia ao Supremo Tribunal Federal cuidar de temas atinentes à matéria *interna corporis*, sob pena de intromissão indevida em esfera de outro poder, bem como de engessamento da atividade parlamentar. Ademais, uma mesma proposta legislativa recebe várias emendas aglutinativas, as quais, vistas de modo separado, podem significar, ainda que guardem semelhanças de conteúdo, independência contextual. Denegou a liminar e, de outro modo, demonstrou que o Supremo Tribunal Federal prefere demonstrar deferências às razões pragmáticas do que, efetivamente, às garantias processuais da formação da vontade pública (Bahia *et al.*, 2015; Trindade e Cattoni De Oliveira, 2015).

Na decisão da liminar do Mandado de Segurança 66.697/DF, o Min. Celso de Mello entendeu que “inexistente risco de irreversibilidade (a votação da PEC 171/93, em segundo turno, somente ocorrerá no segundo semestre, de acordo com as informações oficiais prestadas pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados), a medida liminar não se justificará, ao menos no presente momento, pois – tal como sucede na espécie – a alegada situação de dano potencial restará descaracterizada e totalmente afastada”. Apesar da aparência inofensiva de uma decisão considerar descaracterizados, na espécie, requisitos processuais para a concessão de liminar, esconde-se aí uma concepção de democracia. Como já dissemos,

[s]ob as vestes de requisitos processuais e a miscelânea deles feita na decisão – *fumus bonis iuris, periculum in mora*, dano irreparável ou irreversível, pois que, na verdade, o terceiro está subsumido no segundo –, esconde-se a própria ideia de democracia a ser consi-

<sup>4</sup> Assim, disse-se em outra oportunidade: “A Jurisdição Constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação, nos processos constitucionais de controle jurisdicional de constitucionalidade da lei e do processo legislativo, dos possíveis afetados por cada decisão, em matéria constitucional, através de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio Processo Constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais, nos próprios processos constitucionais de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, a Jurisdição Constitucional também garantirá as condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, pela aplicação reflexiva do princípio do devido processo legal, compreendido, aqui, como ‘modelo constitucional do processo’ (para utilizar a expressão de Andolina-Vignera) a si mesma” (Cattoni de Oliveira, 2016a, p. 129).

derada. É que, conforme nos ensinou já há muito tempo a filosofia analítica da linguagem de J.L. Austin, discurso é ação, e uma decisão judicial como enunciado performativo que é deve ser reconhecida na situação que a envolve e nas consequências que produz; isto é, tanto o discurso da Câmara ao aprovar (inclusive da forma como foi feito) o texto, quanto a decisão do STF possuem um sentido “realizativo” que (de)forma o edifício democrático-republicano brasileiro (Bacha e Silva *et al.*, 2015).

Qualquer lesão à Constituição é lesão qualificada, ainda mais quando se atingem, assim, as regras garantidoras da formação da vontade política que põe em causa a própria instituição de uma comunidade política de membros livres e iguais, projeto democrático inaugurado e estabelecido pela Constituição de 1988. Assim, “Qualquer lesão às condições existenciais do Estado Democrático de Direito e o não reconhecimento dessa lesão pelo Poder Judiciário ocasionam efetiva perda de legitimidade ao próprio exercício do poder público, esta sim irreparável” (Bacha e Silva *et al.*, 2015).

Segundo nos parece, por essa decisão,

o STF não compreende, tanto neste mandado de segurança, quanto no anterior (a respeito de outra “manobra” da Câmara, a que levou à reapresentação da PEC sobre financiamento empresarial de campanha): (i) qual o papel deste *writ*, uma criação brasileira que, desde a origem, possui intrínseca familiaridade com questões políticas de alta indagação; (ii) a ideia de que, embora um ato de Poder Público possua presunção de legalidade/veracidade, isso não impede a concessão de liminar, pois que, fosse assim, essa medida estaria vedada à maioria dos mandados de segurança; (iii) que esta é uma ação de cognição sumária e que é justamente por isso que se justifica uma análise do “*fumus boni iuris*” em liminar, a partir dos documentos acostados e da legislação; (iv) do papel do parlamentar em defender a regularidade do processo legislativo, ainda mais quando este se refere aos estritos limites de alteração de uma Constituição super-rígida. Ora, mais uma vez, é preciso lembrar que o STF possui jurisprudência consolidada sobre o papel do parlamentar em defender um “direito público subjetivo” de regularidade do processo legislativo; de outro lado, tocando especificamente o caso, ou a Constituição é norma superior e sua alteração deve ser vista como algo excepcional – e, logo, as normas que tratam de tal possibilidade também devem ser interpretadas de forma restritiva –, ou a diferença daquela frente a uma lei ordinária será basicamente um problema de quórum. No processo de alteração ou criação de uma lei ordinária, emendas aglutinativas podem ser utilizadas para a reapresentação de projetos de lei rejeitados mediante requerimento da maioria absoluta dos membros da

Casa (artigo 67). Tal regra não se aplica às Propostas de Emendas à Constituição (tratadas exclusivamente no artigo 60) – isso para não relembrarmos, mais uma vez, que o § 5º do artigo 60 deixa claro que a “matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”: o Poder Constituinte Originário, único que pode limitar o Poder Constituinte Derivado (não é o Regimento Interno da Câmara que poderá fazê-lo), não estabelece diferença quanto à rejeição de uma proposta estar em uma emenda, um substitutivo, na Proposta original ou coisa similar. Se a matéria, que era objeto de uma proposta, foi à votação e foi rejeitada, não poderá ser reapreciada na mesma sessão legislativa (Bacha e Silva *et al.*, 2015).

Em outras palavras, não cabem emendas aglutinativas em processo legislativo de reforma constitucional, como no caso do processo ordinário. A aplicação do Regimento Interno sem levar em consideração a diferença entre Lei e Emenda Constitucional, entre processo legislativo ordinário e processo legislativo de reforma, subverte a própria rigidez constitucional. Mais, a apresentação de emendas aglutinativas viola não apenas o § 5.º do art. 60, a proibição de que matéria rejeitada ou prejudicada possa ser reapresentada na mesma sessão legislativa, mas também viola o § 2.º e o inciso I do art. 60. Cabe lembrar que uma mesma PEC deve ser aprovada em dois turnos na Câmara e no Senado, sem que uma Casa funcione como revisora da outra; cabe lembrar que a exigência do inciso I para a proposição de EC é incontornável. Essa normativa não é de forma alguma a mesma que autoriza, nos termos do art. 67, a reapresentação e reapreciação de matéria rejeitada ou prejudicada, por uma nova maioria, desde que qualificada, na mesma sessão legislativa. Confundir isso, *ordinarizando* o processo de reforma, é desrespeitar as normas do art. 60 e subverter a rigidez constitucional.

Assim, cabe repetir: todas essas condições, constitucionais e especificamente estabelecidas, para o processo legislativo de reforma constitucional o diferenciam substancialmente do processo ordinário, afastando, portanto, o Regimento Interno naquilo que, com base no art. 67 da Constituição, trata do processo legislativo ordinário. Isso é, afinal, a própria tradução, no nível institucional, da rigidez constitucional, cujas condições de possibilidade não estão à disposição das maiorias parlamentares, sob pena de subversão, em última análise, das exigências constitucionais para um processo deliberativo democrático de reforma constitucional. Sob pena, portanto, da subversão da própria democracia (Bustamante, 2015).

Assim, o Supremo Tribunal Federal perdeu uma boa oportunidade de estabelecer um controle de cons-

titucionalidade no sentido forte das garantias democráticas de formação da vontade e opinião públicas.

## **Análise de contas presidenciais e a integridade do direito<sup>5</sup>**

Também colocada por meio de um Mandado de Segurança, a questão versada no MS 33.729 é sobre o processo de análise das contas presidenciais que, ainda mais, diz respeito ao papel do Legislativo e do próprio STF na guarda da Constituição e a forma como se encara o devido processo legislativo em tempos de crise institucional e política. Impetra-se o *writ* em face de ato da Mesa da Câmara dos Deputados consistente na inserção de Projetos de Decretos Legislativos de análise de contas dos ex-Presidentes da República, especificamente os Projetos de Decreto Legislativo 384/97, 1376/09, 40/2011, 42/2011 para apreciação da Câmara dos Deputados em sessão separada do Senado Federal.

Ora, a impetração vislumbra que há flagrante violação ao devido processo legislativo que, nos termos do art. 57, §§ 3º e 5º da Constituição Federal, exige que a apreciação das contas presidenciais se dê em sessão conjunta do Congresso Nacional, entendida como a sessão em que as duas casas se reúnam em conjunto de tal forma a permitir a influência recíproca entre os parlamentares.

Em decisão liminar, o Min. Luis Roberto Barroso reconhece que a matéria é de competência afeta ao Congresso Nacional, consoante os arts. 49, inc. IX; art. 71, I e art. 84, inc. XXIV da Constituição Federal. A questão, a saber, é se a competência deve ser exercida em conjunto por ambas as casas ou, então, separadamente.

Segundo sua decisão, o art. 166, § 1º, inc. I, da Constituição exerce um forte indicativo de que a competência deve ser exercida em conjunto. Segundo o texto constitucional, cabe a uma comissão mista permanente de Deputados e Senadores examinar e emitir parecer sobre as contas apresentadas pelo Presidente da República. Embora o parecer da comissão mista permanente de Deputados e Senadores não seja vinculativo, a competência do julgamento das contas previsto no art. 49, inc. IX, da CF/88 deve se cifrar nos pareceres da referida comissão mista.

Também, além do indicativo da existência da Comissão Mista já citada, o Min. Luis Roberto Barroso argumenta que, no caso de sessão conjunta, deve ser possível o diálogo e a interlocução entre Deputados e Senadores, muito embora as votações ocorram separadamente para a Câmara dos Deputados e o Senado. É que as contas só serão rejeitadas quando ambas as Casas tenham pronunciamento neste sentido, não bastando que uma Casa aprove e a outra rejeite. Ambas deverão rejeitar as contas ou, então, as contas serão consideradas aprovadas.

Muito embora pela sua argumentação fique latente o reconhecimento da inconstitucionalidade praticada pela autoridade coatora, o Min. Luis Roberto Barroso apresenta, em contraponto, o argumento utilitarista de que há uma prática legislativa “estabelecida no sentido da apreciação das contas anuais do Presidente da República em sessões separadas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Essa prática nunca gerou questionamentos porque, na vigência da Constituição de 1988, não houve um único episódio de rejeição das contas presidenciais”. Assim, em que pese reconhecer a inconstitucionalidade, sua decisão busca “sinalizar” que as votações futuras das contas anuais do Presidente devem ser feitas em sessão conjunta, ante a clara disposição do Texto Constitucional, não obstante a interpretação divergente do Poder Legislativo. Propõe, assim, uma modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade em processo de mandado de segurança.

Neste ponto, cabe ressaltar que a prática da modulação dos efeitos temporais da inconstitucionalidade, apesar de prevista em lei (art. 27 da Lei 9.868/99), mesmo no controle concentrado encontra sérias dúvidas quanto à sua constitucionalidade<sup>6</sup>, ainda mais quando a técnica é aplicada em uma ação que busca reconhecer direitos concretamente definidos, tal qual na espécie representa o mandado de segurança, de que, aliás, o Supremo Tribunal Federal parece não se dar conta. Aliado a isso, há que se destacar que a modulação temporal dos efeitos apenas pode acontecer pelo voto de 2/3 dos membros do Tribunal, não por decisão monocrática.

Há aqueles que defendem que a técnica da modulação dos efeitos temporais é escudada em uma juris-

<sup>5</sup> Para o que se segue ver: Cattoni de Oliveira *et al.* (2015b)

<sup>6</sup> A ADI 2154 e a ADI 2258 foram propostas em face do art. 27 da Lei 9868/99. O Min. Sepúlveda Pertence votou pela inconstitucionalidade do referido dispositivo em 2007 e, até o momento, no ano de 2015, não há voto de mais nenhum ministro. A adoção dessa técnica, por exemplo, enfrenta severas críticas da doutrina e não se compatibiliza com o nosso modelo de controle de constitucionalidade adotado, historicamente, desde a Constituição de 1891 que proclama a nulidade dos atos normativos incompatíveis com a Constituição. Há, então, na adoção do referido dispositivo pela referida lei uma afronta à interpretação constitucionalmente adequada de diversos dispositivos constitucionais, a saber: (i) Princípio do Estado Democrático de Direito; (ii) Aplicação imediata dos direitos fundamentais; (iii) Imutabilidade dos princípios constitucionais no que toca ao processo especial de reforma da Constituição; (iv) Sistema ordinário de controle jurisdicional difuso da constitucionalidade (Cattoni de Oliveira, 2001, p. 177-207; 2016a, p. 149-154).

prudência dos valores, mediante a qual estaria a Corte autorizada a utilizar a ponderação com o conflito dos princípios da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica ou outros valores tutelados no caso concreto<sup>7</sup>. Há, na adoção da técnica da ponderação no controle de constitucionalidade, uma problemática consistente em ver que a mesma desnatura o código binário do direito, além de confundir os discursos de fundamentação e aplicação (Habermas, 2010; cf. Cattoni de Oliveira, 2016a; Bacha e Silva, 2013; Meyer, 2008, p. 122).

A questão é que a decisão liminar do Min. Luis Barroso, no fundo, esconde uma premissa *consequencialista* para a não concessão da segurança liminarmente pleiteada pelos impetrantes. Mas a pergunta é: até que ponto a segurança jurídica e a manutenção de atos praticados por longo período devem sacrificar o edifício constitucional?

Com base em Dworkin, aprendemos que os direitos devem ser levados a sério se queremos instituir uma comunidade de princípios que considere seus membros como coparticipantes livres e iguais no empreendimento público de uma sociedade mais justa, livre e solidária<sup>8</sup>. A questão, então, é que o Supremo Tribunal Federal deve ter um compromisso com a integridade da Constituição.

Como já dissemos em outro ensaio, “saídas por vezes mais ‘fáceis’ não contribuem para a construção do edifício constitucional, especialmente quando se está perante casos complexos. Estes exigem decisões comprometidas com a interpretação principiológica do Direito, na sua melhor luz” (Cattoni de Oliveira *et al.*, 2015b).

A integridade da Constituição exige que se considere a interpretação como uma atividade complexa de envolvimento de padrões morais e políticos, mas disso não resulta ao intérprete poder para se valer de tal exercício para impor sua concepção de justiça ou, ainda, que se valha de argumentos políticos, de bem-estar geral da comunidade, para desconsiderar a história institucional e os princípios de moralidade política abarcados pelo empreendimento constitucional (Dworkin, 2007, p. 451-452).

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de rever a decisão liminar através da in-

terposição pelos impetrantes de Agravo Regimental no Mandado de Segurança 33.729. Novamente, o Supremo Tribunal Federal seguiu a linha pragmatista de considerar que, apesar de ter reconhecido a inconstitucionalidade da prática da análise de contas em separado, apenas “sinalizou” e “não determinou” para a Câmara dos Deputados em sua decisão liminar que, no futuro, a prática deveria ser revista.

Uma decisão judicial implica sempre um sentido performativo, uma realização no mundo prático (Austin, 2014), por isso que qualquer pedido ao Supremo Tribunal Federal deve ser encarado como um chamado a proferir uma decisão. Já criticamos a postura de que

o STF não é órgão consultivo, mas de garantia, de amparo dos direitos e de proteção jurisdicional da Constituição. O STF, diferentemente, p. ex., do TSE, não possui entre suas competências a de responder a “consultas”; ele é chamado a decidir e o writ em questão tem pretensão de provimento declaratório e/ou (des) constitutivo – seja em decisão definitiva, seja em liminar –, donde qualquer decisão que não decida é nula/inexistente. No caso havia um pedido, certo e claro, a declaração de nulidade ou, ao menos, a anulação das deliberações em separado da Câmara. A mera “opinião” do Ministro não opera efeito algum para o Legislativo (Cattoni de Oliveira *et al.*, 2015a).

O sentido de se conferir a uma decisão judicial mera opinião sem qualquer realização prática dos direitos vinculados no texto constitucional implica negativa de jurisdição e ofende a integridade do direito. Ou o STF deveria reconhecer a prática anterior do Legislativo como válida, como intérprete autêntico no sentido kelseniano, e, a partir da decisão, determinar que as deliberações devam dar-se conjuntamente pelas duas Casas, sob pena de nulidade, ou então declarar a nulidade das deliberações em razão de lesão ao direito do parlamentar garantido pela Constituição – direito que, na verdade, é um direito público, político<sup>9</sup> e, logo, envolve algo maior do que meros interesses privados de uma pessoa, pois, no caso, trata da própria realização da Constituição (Cattoni de Oliveira *et al.*, 2015a).

É necessário que o STF assuma em definitivo a responsabilidade de ser garante do devido processo le-

<sup>7</sup> Sobre a ponderação: Alexy (2008). Pela defesa da ponderação na modulação dos efeitos temporais: Sarmento (2001, p. 9-46).

<sup>8</sup> “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais” (Dworkin, 2005, p. 101).

<sup>9</sup> O entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que confere apenas ao parlamentar o direito líquido e certo de participar de um devido processo legislativo (por exemplo: MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23/04/2004) trata as condições processuais do devido processo legislativo como uma questão quase privada, subjugada ao “direito público subjetivo do parlamentar” e não como a defesa da própria cidadania, do pluralismo no processo de formação da vontade política, conjugando o livre exercício da autonomia pública e privada dos cidadãos (Cattoni de Oliveira, 2016a, p. 32; Carvalho Netto, 1992).

gislativo, garante das condições democráticas de formação da vontade política, principalmente em questões que afetam o cerne do sistema de governo, como é o caso do julgamento de contas do Executivo pelo Legislativo.

## A jurisdição constitucional da crise no direito brasileiro

Em Portugal, a crise econômica de 2008 fez eclodir um movimento de análise e leitura crítica das decisões do Tribunal Constitucional em torno daquilo que se convencionou denominar de “jurisprudência da crise”. Por exemplo, o Acórdão n. 396/2011 permitiu a redução remuneratória de 3,5% a 10% e o acórdão 353/2012 considerou válida a suspensão do subsídio de férias e de 13º (décimo terceiro) para trabalhadores de funções públicas, aposentados e reformados. Todos os acórdãos se pautaram em supostos argumentos de interesse público, de proporcionalidade de um contexto social que alegadamente justificaria as medidas tomadas, que, outrora, seriam consideradas inconstitucionais (Pinheiro, 2014, p. 168-189).

Procurou-se defender, assim, a tese segundo a qual o direito cederia diante dos argumentos econômicos. Direitos individuais, normas constitucionais, cedem lugar para uma concepção instrumental, teleológica de fins pragmáticos. Uma lógica dos valores econômicos sobrepõe a lógica dos valores jurídicos. É o chamado “Estado de exceção econômico” [sic], em que haveria como uma proeminência de Bentham sobre Kant em tempos de crise (Hespanha, 2012, p. 9-80).

Assim como em terras portuguesas, o Supremo Tribunal Federal parece construir um edifício jurisprudencial em tempos de crise sem se dar conta dos perigos que o afrouxamento de garantias constitucionais representa para a consolidação do projeto democrático.

Talvez ainda mais pernicioso que a jurisprudência da crise do Tribunal Constitucional de Portugal, o Supremo Tribunal Federal aqui vem, desde há tempos, relativizando garantias democráticas, com base em uma concepção autoritária de processo legislativo, ainda herdada da Ditadura Civil-Militar. Garantias democráticas como, por exemplo, de se respeitar a tramitação de importante modificação na Constituição, de permitir que os cidadãos se reconheçam coautores e destinatários das normas que eles mesmos se dão, de possibilitar que as normas que vão de fato atingir a esfera jurídica dos cidadãos possam ser debatidas e refletidas pelos partícipes da comunidade política. Enfim, o Supremo Tribunal Federal não leva a sério o devido processo legislativo.

Lenio Streck, sustentado na concepção de democracia de Cornelius Castoriadis, bem aponta que é preciso termos a possibilidade de efetiva participação na formação da lei e que democracia não é nada mais que a autonomia dos indivíduos que, em atividade explícita e lúcida, exerce a autonomia coletiva. Assim, “só posso ser livre sob a lei se puder dizer que essa é minha lei, se tiver a possibilidade efetiva de participar na sua concepção e no seu posicionamento” (Streck, 2013, p. 152).

Por isso, em verdade, a atual compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca das garantias democráticas do processo legislativo não é qualquer novidade em nossa jurisdição constitucional. Não há, por assim dizer, uma jurisdição constitucional da crise como uma tendência jurisprudencial de exceção, criada para a solução de problemas específicos.

De se concluir, então, que há uma jurisdição constitucional em crise, devido à não compreensão, com a devida profundidade, das garantias democráticas, desde longo período temporal, e não uma jurisdição constitucional da crise.

De novidade, os casos aqui analisados demonstram bem que, aliado à já conhecida crítica das tendências jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, que tratam o processo legislativo como questão quase privada, submetida à livre iniciativa do parlamentar, houve um agravamento da crise da jurisdição constitucional, na medida em que o Supremo Tribunal Federal vem adotando uma compreensão constitucionalmente inadequada da extensão e das condições para concessão da garantia do mandado de segurança e, conseqüentemente, da própria missão da jurisdição constitucional na aplicação/efetivação da Constituição.

Ao cabo, pode-se enxergar que a crise – ao menos aqui – é deliberadamente provocada pelo sistema econômico e político, insatisfeito com eventual modificação do *status quo*, dos privilégios desde sempre outorgados às elites sociais. O meio mais fácil de corroer a estrutura democrática é, sem dúvida, colonizar o direito por meio de argumentos econômicos neoliberais, pragmáticos e utilitários.

Nunca é demais lembrar que a legitimidade do direito necessita, efetivamente, para garantir as expectativas de comportamento estabilizando uma sociedade complexa e plural, garantir um mínimo de solidariedade, um espaço público democrático onde as redes de interações comunicativas se livrem de coações externas. Ao direito cumpre funcionar como uma integração normativa da sociedade, uma dobradiça entre mundo da vida e sistema econômico e político (Rosenfeld, 2003, p. 21).

A erosão do código binário do direito transformando seu caráter deontológico para axiológico permite que se estabeleçam e incidam, parasitariamente, argumentos econômicos nas decisões judiciais que, ao fim, não deixam espaço para a afirmação de direitos individuais tão caros a um projeto democrático. Perde-se, assim, a possibilidade de que os cidadãos exerçam tanto a autonomia pública (participação política nos processos de fundamentação do direito) quanto a autonomia privada (espaço de proteção dedicado aos discursos jurisdicionais de aplicação do direito e afirmação dos discursos de fundamentação).

A prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal também olvida que a própria definição de crise pode ser utilizada como forma de ludibriar a afirmação de direitos. Em primeiro lugar, a origem da palavra crise pode ser remontada ao verbo grego *krinein*, que significa separar, distinguir, delimitar. Esse mesmo verbo, por exemplo, é que deu origem à palavra *Kritik*, que, em Kant, assume a função de delimitação dos limites (Benjamin, 2013, p. 121). Separar, distinguir, delimitar, em si mesmo, não representa algo que deva ser evitado a todo custo.

Em momento algum, a esfera de delimitação dos limites pode ser vista como algo pernicioso de per se, exceto se, por afecção e intencionalidade dos falantes, pelo sentido performativo da linguagem, a palavra crise assuma o caráter de algo ruim. De outro lado, não se pode esquecer que

vivemos em uma sociedade moderna, uma sociedade complexa, uma sociedade em permanente crise, pois, ao lidar racionalmente com os riscos de sua instabilidade, ela faz da própria mutabilidade o seu moto propulsor. A crise, para esse tipo de organização social, para essa móvel estrutura societária, é a normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta de sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que dessa sociedade podemos ter é a sua sempre crescente complexidade (Carvalho Netto, 2004, p. 281-282).

Ora, assim, é o momento de delimitação, de separação, de distinção de uma sociedade cada vez mais complexa e plural. Mas o que esperamos que faça o Supremo Tribunal Federal? Delimite o quê? Separe o quê? Distinga o quê?

É esperado da jurisdição constitucional em tempos de crise que separe os atos contrários e aqueles que se coadunam com nosso projeto democrático. É preciso que se delimite qual a função da Constituição em um Estado Democrático de Direito e que liberda-

de e igualdade queremos fundar com o projeto iniciado em 1988 e, por fim, se faça a devida distinção entre o que a Constituição exige e o que a Constituição não exige, sem meio termo, sem tergiversações, até mesmo pelo fato de que a construção de uma sociedade livre e democrática passa pela normatividade do texto constitucional.

## Conclusão

A análise das decisões do Supremo Tribunal Federal nos leva a concluir que a jurisdição constitucional em tempos de crise encontra-se cercada de uma racionalidade instrumental-econômica que permite a colonização do direito pela economia e pela política. O fio condutor das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal é uma omissão deliberada na proteção da Constituição e um *laissez faire* político e econômico.

A Constituição, em vez de espaço de luta pela cidadania, transforma-se em espaço de conciliação de interesses privados, tudo sob o beneplácito do Supremo Tribunal Federal. Em tempos de crise institucional e política é que a sociedade mais espera que o guardião da Constituição exerça efetivamente seu papel e seu compromisso com a garantia do espaço democrático, espaço da cidadania e da *pólis*.

Quando a jurisdição constitucional silencia e não nos oferece resposta, cabe a quem recorreremos para garantir a manutenção e a continuidade do projeto político constitucional? Há um silêncio eloquente da jurisdição constitucional em tempos de crise que produz sentido de restabelecimento do *status quo* social, político e econômico.

Não acreditamos, portanto, que o Supremo Tribunal Federal tenha estabelecido uma jurisdição constitucional da crise, mas sim que se trata de uma jurisdição constitucional em crise, no momento em que o Tribunal continua não compreendendo adequadamente sua função de garantidor das condições processuais da formação democrática da vontade política.

## Referências

- ALEXY, R. 2008. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Editora Malheiros, 669 p.
- AUSTIN, J.L. 2014. *Como hacer cosas con palabras*. Barcelona, Paidós, 219 p.
- BACHA E SILVA, D. 2013. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte, Arraes, 239 p.
- BACHA E SILVA, D.; BAHIA, A.; CATTONI, M. 2015. *Diga-me o que é periculum in mora e te direi que concepção democrática tens*. Disponível

- vel em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/mudanca-constituicao-nao-tratadacomooto-ordinario>. Acesso em: 18/09/2015.
- BAHIA, A.G.M.F.; CATTONI DE OLIVEIRA, M.A.; NUNES, D. 2015. Câmara violou a Constituição ao votar novamente financiamento de campanhas. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jun-04/camara-violou-constituicao-votar-financiamento-campanhas>. Acesso em: 05/10/2015.
- BENJAMIN, W. 2013. *Escritos sobre mito e linguagem*. 2ª ed., São Paulo, Editora 34, 171 p.
- BUSTAMANTE, T. da R. de. 2015. Emendas aglutinativas sucessivas favorecem o autoritarismo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-02/thomas-bustamante-emendas-aglutinativas-favorecem-autoritarismo>. Acesso em: 05/10/2015.
- CARVALHO NETTO, M. de. 2004. A Constituição da Europa. In: J.A.L. SAMPAIO (org.), *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, p. 281-290.
- CARVALHO NETTO, M. de. 1992. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte, Del Rey, 309 p.
- CATTONI DE OLIVEIRA, M.A. 2016a. *Devido processo legislativo: Uma justificação do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3ª ed., Belo Horizonte, Editora Fórum, 217 p.
- CATTONI DE OLIVEIRA, M.A. 2016b. *Processo constitucional*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 350 p.
- CATTONI DE OLIVEIRA, M.A. 2013. Poder, ação e esfera pública em Arendt e em Habermas: A conexão constitutiva entre Direito e Política no Estado Democrático de Direito. In: A.D. ALVES; M.A. CATTONI DE OLIVEIRA; D.F.L. GOMES, *Constitucionalismo e teoria do Estado: Ensaios de História e Teoria Política*. Belo Horizonte, Arraes, p. 99-110.
- CATTONI DE OLIVEIRA, M.A. 2014. Quais os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito? Devido processo legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo - 15 anos depois. Belo Horizonte. Disponível em: [https://www.academia.edu/11943575/Devido\\_Processo\\_Legislativo\\_Quais\\_os\\_pressupostos\\_de\\_legitimidade\\_da\\_jurisdi%C3%A7%C3%A3o\\_constitucional\\_no\\_Estado\\_Democr%C3%A1tico\\_de\\_Direito](https://www.academia.edu/11943575/Devido_Processo_Legislativo_Quais_os_pressupostos_de_legitimidade_da_jurisdi%C3%A7%C3%A3o_constitucional_no_Estado_Democr%C3%A1tico_de_Direito). Acesso em: 05/10/2015.
- CATTONI DE OLIVEIRA, M.A. 2001. Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei 9868/99. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, 36:177-207.
- CATTONI DE OLIVEIRA, M.A.; BAHIA, A.; BACHA E SILVA, D. 2015a. Quando para o STF “dizer não é fazer”: uma crítica ao julgamento do Agravo Regimental no MS 33.729. *Empório do Direito*. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/quando-para-o-stf-dizer-nao-e-fazer-uma-critica-ao-julgamento-do-agravo-regimental-no-ms-33-729-por-diogo-bacha-e-silva-marcelo-cattoni-e-alexandre-bahia>. Acesso em: 21/09/2015.
- CATTONI DE OLIVEIRA, M.A.; BAHIA, A.; BACHA E SILVA, D. 2015b. *Integridade do Direito - Contas presidenciais e devido processo legislativo*. *Empório do Direito*. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/integridade-do-direito-contas-presidenciais-e-devido-processo-legislativo-por-marcelo-andrade-cattoni-de-oliveira-alexandre-gustavo-melo-franco-bahia-e-diogo-bacha-e-silva>. Acesso em: 20/09/2015.
- DWORKIN, R. 2007. *O império do Direito*. 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 513 p.
- DWORKIN, R. 2005. *Uma questão de princípio*. 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 593 p.
- HABERMAS, J. 2010. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 689 p.
- HESPANHA, A.M. 2012. A revolução neoliberal e a subversão do modelo jurídico. *Revista do Ministério Público*, 130:9-80.
- MEYER, E.P.N. 2008. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo, Método, 447 p.
- PINHEIRO, A.S. 2014. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). *Observatório da Jurisdição Constitucional*, 7(1):168-189. <http://dx.doi.org/10.1111/1982-4564.07.09>
- ROSENFELD, M. 2003. O direito enquanto discurso: reduzindo as diferenças entre direitos e democracia. *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*, 10:9-44.
- SARMENTO, D. 2001. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: J.A.L. SAMPAIO; A.R. de S. CRUZ (orgs.), *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, p. 9-46.
- STRECK, L.L. 2013. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 975 p.
- TRINDADE, A.K.; CATTONI DE OLIVEIRA, M.A. 2015. Momento oportuno: Controle do processo legislativo coloca reforma política em dilema. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-25/controle-processo-legislativo-coloca-reforma-politica-dilema>. Acesso em: 02/10/2015.

Submetido: 09/10/2015

Aceito: 29/02/2016