



**ENTRE *JUDICIAL RESTRAINT* E O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO –
Controle do Processo Legislativo precedente à luz da ADI 7184**

**BETWEEN *JUDICIAL RESTRAINT* AND DUE LEGISLATIVE PROCESS - Control
of the preceding Legislative Process considering ADI 7184**

*Ludiana Carla Braga Façanha Rocha*¹

*Afonso de Paula Pinheiro Rocha*²

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ADI Nº 7184 E A PRETENSÃO DE UM CONTROLE FUTURO DO PARLAMENTO; 2 NOÇÕES GERAIS SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO; 3 DO VALOR CONSTITUCIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO – *JUDICIAL RESTRAINT* E O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO; Conclusão; Referências

RESUMO: O artigo apresentou reflexões sobre o controle judicial em face que antecedeu o início do Processo Legislativo, aproveitando como caso de estudo a ADI nº 7184. O objetivo central do trabalho foi responder à pergunta: “como é possível conciliar, em face da independência dos Poderes constituídos, o devido processo legislativo e a *judicial restraint*? Adotou-se como metodologia de pesquisa o método de abordagem indutivo e o método de procedimento de análise de jurisprudência e análise de conteúdo. Os objetivos específicos do trabalho foram: responder em linhas gerais quais os momentos de controle jurisdicional do Processo Legislativo dentro da ordem constitucional Brasileira, apresentar uma proposta interpretativa de que se faz necessária uma interpretação estritamente restritiva das hipóteses de controle jurisdicional sobre o próprio processo, sob pena de se transferir de forma indireta do Legislativo para o Judiciário o mérito e conveniência social da criação normativa originária e analisar o recente caso concreto em que se pretendeu coibir o debate futuro no âmbito do Congresso Nacional de modo afastar possíveis supressões da política de cotas raciais quando da revisão programada após 10 anos prevista na própria norma a ser repensada. Conclui o artigo que a intervenção jurisdicional sobre o Processo Legislativo deve ser informada à luz de um

¹ Procuradora do Estado do Ceará, Doutoranda em Direito Público pelo IDP, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. ID Lattes: 8430451785291504 <<http://lattes.cnpq.br/8430451785291504>>.

² Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Procurador do Trabalho. Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado em Direito) do Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7). ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8780452662640899>.



juízo de proporcionalidade entre duas posturas principais, o *judicial restraint* e o dever de garantia do devido processo legislativo.

Palavras-chave: Processo Legislativo; Controle Prévio; Constituição; Independência legislativa; Autocontenção judiciária.

SUMMARY: The article presented reflections on the judicial control in the face that preceded the beginning of the Legislative Process, taking advantage of the ADI nº 7184 as a case study. constituted, due process of law and judicial restraint? The inductive approach method and the procedure method of jurisprudence analysis and content analysis were adopted as research methodology. The specific objectives of the work were: to answer in general lines which are the moments of jurisdictional control of the Legislative Process within the Brazilian constitutional order, to present an interpretative proposal that a strictly restrictive interpretation of the hypotheses of jurisdictional control over the process itself is necessary, under penalty of transferring indirectly from the Legislature to the Judiciary the merit and social convenience of the original normative creation and analyzing the recent concrete case in which it was intended to curb the future debate within the National Congress in order to rule out possible suppressions of the racial quotas policy upon the scheduled review after 10 years provided for in the standard to be rethought. The article concludes that the judicial intervention on the Legislative Process must be informed in the light of a judgment of proportionality between two main positions, judicial restraint and the duty to guarantee the due legislative process.

Keywords: Legislative Process. Prior Control. Constitution. Legislative independence. Judicial self-restraint.

INTRODUÇÃO

O trabalho busca apresentar uma reflexão sobre o processo legislativo, notadamente reconhecendo seu valor intrínseco ao nosso modelo constitucional e, em decorrência disso, os limites para o controle jurisdicional. Partindo de um caso recente que tramitou no âmbito do Supremo Tribunal Federal, propõe-se que a intervenção jurisdicional sobre o Processo Legislativo deve ser informada à luz de um juízo de proporcionalidade entre duas posturas principais, o *judicial restraint* e o dever de garantia do devido processo legislativo.

O artigo inicia detalhando o paradigma da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.184, na qual restou consignada a impossibilidade de controle de constitucionalidade de caráter preventivo, no sistema brasileiro, de processo legislativo ainda não instaurado. Via de regra há



à exceção de mandado de segurança impetrado por parlamentar em hipóteses específicas, normalmente correlacionadas ao procedimental do próprio processo legislativo.

Demonstra-se que no caso usado como ponto de partida para reflexão, se estava diante de pretensão de controle de constitucionalidade de caráter preventivo, direcionada a ato legislativo futuro - notadamente revisar a política de cotas conforme previsão da própria lei, a ocorrer com 10 anos de sua promulgação originária.

Em sequência, são apresentadas algumas considerações basilares sobre a doutrina e jurisprudência já formadas em derredor da temática do controle do processo legislativo, para num segundo momento propor a percepção de que existem dois limites iminentes ao controle jurisdicional – a autocontenção jurisdicional e a vedação de uma proteção deficiente ao devido processo legislativo.

Por fim, conclui-se que essas duas balizas servem para direcionar adequadamente o enfoque do controle do processo legislativo e a correta identificação dos pontos a serem adotados.

1 A ADI Nº 7184 E A PRETENSÃO DE UM CONTROLE FUTURO DO PARLAMENTO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 7.184/DF, foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) com a pretensão de que o Supremo Tribunal Federal garantisse que a revisão da chamada Lei de Cotas (Lei Federal nº 12.711/2012) não redundasse na diminuição ou na extinção de políticas já conquistadas de inclusão baseadas em cotas. Basicamente buscou-se o reconhecimento de uma “vedação de retrocesso” de forma prévia ao próprio debate democrático no parlamento.

Alegou-se que o art. 7º da Lei 12.711/2012 (dispositivo que disciplina que deve ser promovida a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos e pardos, indígenas, pessoas com deficiência e egressos do ensino médio em escolas públicas) tivesse interpretação conforme a Constituição para que o ato revisor se limite a aprimoramentos que possam ser incorporadas à política de cotas, e não para sua extinção, suspensão ou diminuição de eficácia.



Na petição inicial se aduziu que, *in verbis*:

a Lei de Cotas será revisada em agosto deste ano, especificamente durante o período eleitoral, oportunidade na qual as alas que são contra a política de cotas certamente irão aproveitar o momento para reduzir ou até mesmo extinguir esta ação afirmativa salutar para a sociedade brasileira, razão pela qual está-se a abrir a via de controle concentrado de constitucionalidade para que esta Suprema Corte promova a salvaguarda necessária à continuidade da política de cotas, nos moldes estabelecidos pela Lei no 12.711/2012, que encampa um amplo rol de direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988.³ (ADI 7184/DF)

Para vir a requerer decisão definitiva em que o STF viesse a conferir interpretação conforme a Constituição, corroborando medida liminar que também requereu em idêntico sentido, determinando que, *in verbis*:

...o ato revisor seja limitado apenas às melhorias que porventura possam ser incorporadas à Lei no 12.711/2012, sendo declarada inconstitucional determinada exegese no sentido de permitir qualquer tipo de retrocesso no âmbito da política de cotas; e que o alcance da palavra “revisão” apenas aponte para a diretriz do aperfeiçoamento da ação estatal referente à política de cotas, e não da sua extinção, suspensão ou diminuição de eficácia concretiva.⁴ (ADI 7184/DF)

A Exma. Ministra Rosa Weber foi a relatora e proferiu decisão monocrática assim ementada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 7º DA LEI Nº 12.711/2012. PRAZO DE DEZ ANOS PARA REVISÃO DA POLÍTICA DE COTAS QUE SE AVIZINHA. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, PARA AFASTAR QUALQUER TIPO DE RETROCESSO NA FUTURA REVISÃO. INCOGNOSCIBILIDADE. PRETENSÃO QUE SE TRADUZ EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO. NEGADO SEGUIMENTO.⁵ (ADI 7184, Rel. Ministra Rosa Weber, decisão de 01/07/2022)

A Relatora entendeu pela aplicação do art. 4º, caput, da Lei 9.868/1999 e do art. 21, § º, do RI/STF, negando seguimento à ação direta de inconstitucionalidade, restando prejudicado o

³<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6427933> acesso em 20 de julho de 2022

⁴Idem

⁵STF, ADI 7184/DF, Relatora Ministra Rosa Weber., disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352243396&ext=.pdf>, acesso em 20 de julho de 2022.



exame do pedido de medida cautelar. Ao tempo deste artigo, a Procuradoria Geral da República foi intimada e não se verificou novas manifestações nos autos⁶.

O precedente não é o primeiro a tratar da impossibilidade de um controle prévio, mas é um dos mais recentes⁷ e colocou uma ênfase interessante na própria arquitetura do sistema nacional de controle do processo legislativo:

No presente caso, reitero, o controle de constitucionalidade volta-se não contra o dispositivo legal em vigor, objeto da impugnação, e sim contra a revisão por ele imposta, a ser implementada pelo Congresso Nacional no prazo nele previsto. Busca-se a atuação prévia deste Supremo Tribunal Federal, a tolher, de modo antecipado, o debate e a deliberação em sua arena própria, o que não encontra guarida na arquitetura do controle de constitucional existente no Brasil.

Além disso, o ponto fulcral coloca em evidência uma conclusão não expressamente trabalhada na decisão – é admissível o controle jurisdicional do processo legislativo à luz de uma prévia aplicação de uma vedação de retrocesso?

Perceba-se que o caso evidencia uma pretensão de verdadeira tutela inibitória em face de uma função típica do Poder Legislativo ao argumento de que se deseja prevenir uma redução de outros direitos fundamentais.

Avançando um pouco nessa linha de raciocínio, se o Supremo Tribunal Federal admitir uma tutela de prevenção de conteúdos materiais do processo legislativo estaria exercendo um juízo de censura prévia dos argumentos e da forma que podem ser apresentados dentro das casas do Parlamento, o que, invariavelmente, seria uma violação à separação dos poderes e incursão inconstitucional em prerrogativas da função legislativa. Assim, cumpre perquirir qual o controle legítimo possível para a atuação judiciária e como regular as balizas autorizativas dessa investida.

⁶STF, ADI 7184/DF, Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6427933>, acesso em 20 de julho de 2022.

⁷ A decisão na ADI 7184 é de 01/07/2022. Em decisão ainda mais recente, datada de 12/07/2022, no MS 38659/DF o relator Min. André Mendonça negou liminar em processo que pedia suspensão de tramitação das PECs 1/22 e 15/22. Segundo o relator o Poder Judiciário deve interferir no processo legislativo de forma excepcional, em respeito à harmonia de independência dos Poderes. MS 38659/DF, Relator Min André Mendonça, Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352328569&ext=.pdf> Acesso em 20/07/2022.



2 NOÇÕES GERAIS SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO

Inicialmente, a noção de controle, por si só, já aponta no sentido de preservar ou garantir que algo não desvie de seu resultado pretendido ou esperado. Trata-se então de verdadeiro poder-dever de salvaguarda de valores sejam expressos ou institucionalmente tutelados pelo agente ou autoridade controladora, em face do exercício, seja atual, seja potencial, de poderes ou prerrogativas, por outros agentes, em seus próprios processos ou formas de agir, sendo possível medidas obstativas, ou ainda, anulatórias quando do descompasso verificado (CARVALHO, 2002, 76).

Com efeito, o Poder Legislativo conta com mecanismos próprios ao seu controle interno (como, por exemplo, os mecanismos regimentais de apreciação de admissibilidade de determinadas matérias e de aferição da condução dos próprios procedimentos), mas, para fins do recorte acadêmico e investigativo deste artigo, o controle a ser perquirido é o controle externo e exercido pelo Judiciário.

Historicamente se associa o início da formação da jurisprudência e entendimentos do Supremo Tribunal Federal com o julgamento do Mandado de Segurança nº 20.257/DF. Iniciou-se aí a admissibilidade desse remédio constitucional como mecanismo apto a provocar o exame judicial preventivo do processo legislativo.

Na oportunidade, o voto vista do Ministro Moreira Alves frisou a regra constitucional que vedava a própria deliberação da PEC. Formou-se assim o início do entendimento de que questão procedimental pode ser objeto do remédio constitucional, pois o próprio processamento já desrespeitaria, frontalmente, a regra de não apresentação de proposta de emenda.

Em outro momento, no julgamento do Mandado de Segurança nº 32.033/DF, configurou-se o entendimento de que o controle preventivo é legítimo quando “o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais, rejeitando-se o controle preventivo com base em uma fiscalização material, sobre o conteúdo da proposta ou do projeto.



Com efeito, a ementa deste julgado é rica em elementos a evidenciar essa tensão de respeito ao conteúdo inerente de avaliação material afeta à atividade típica legislativa e a observância de preceitos procedimentais:

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

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

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

3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico.

4. Mandado de segurança indeferido.

(MS 32033, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, Pleno, j. 20.6.2013, DJe 18.02.2014)

No acima citado MS 38659/DF, o Ministro Relator André Mendonça aduz o amplo debate sobre o tema ressaltando a admissão do MS para rediscutir os atos praticados durante o processo legislativo de leis e emendas constitucionais quando o parlamentar entende haver malferimento à ordem constitucional. O relator lista ainda, o rol de precedentes do STF, *in verbis*:



É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o cabimento de mandado de segurança, impetrado por parlamentar, para “coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional” (MS 24.642, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.6.2004; MS 20.452/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho, RTJ, 116 (1)/47; MS 21.642/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RDA, 191/200; MS 24.645/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.9.2003; MS 24.593/DF, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ de 8.8.2003; MS 24.576/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 12.9.2003; MS 24.356/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 12.9.2003.).

Não causa estranheza em nosso momento histórico constitucional a percepção de que existem limites formais, materiais e circunstanciais que condicionam o rito legislativo, a fim de que a deliberação sobre valores e pautas constitucionalmente relevantes possa se enquadrar dentro do que se espera da moldura constituinte (CARVALHO, 2002, 64). Por outro lado, há de se ter um certo comedimento na utilização do Judiciário para questionar o funcionamento legislativo, sob pena de se subverter a separação de poderes.

Com efeito, embora inexista separação estanque e absoluta dos poderes, pois, como se sabe todo poder político estatal é uno; as funções estatais que se separam e se distribuem por órgãos especializados, é no interesse social e do modelo constitucional esse formato especializado (SILVA FILHO, 2003, 32).

Facilita-se e permite-se a estruturação de mecanismos de controle recíproco identificáveis nos momentos em que se extrapolem as funções ou se interfiram de forma inadequada umas nas outras, garantindo-se uma maior integração, balanceamento e eficiência (SILVA, José Afonso da, 1995, 111).

Existe, assim, um espaço próprio ao exercício e autorregulamentação de um determinado Poder, gerando um conjunto de situações entendidas como questões *interna corporis*, insensas ao controle jurisdicional.

Logo, o foco do controle jurisdicional e da própria casuística verificada remonta mais restrito à a declaração de vícios formais, os quais remontam à identificação de vícios de iniciativa, invasão de competência e inadequação do instrumento legislativo.

Nesse sentido, FALCONI, 2019. p. 55, assim destaca:

“Em relação a essas possibilidades, o Supremo Tribunal Federal somente admite, de forma clara, o controle jurisdicional de constitucionalidade sobre a atividade de elaboração legislativa em duas hipóteses: quando proposta de emenda à Constituição contenha, em seu conteúdo, a possibilidade de violar, de forma inequívoca, o disposto



no art. 60, § 4º, da CRFB/88, isto é, que seja tendente a abolir cláusulas pétreas; e quando qualquer proposição legislativa viole, no curso de seu procedimento legiferante, dispositivos constitucionais que disciplinem o devido processo legislativo. Embora haja divergência entre as posições dos Ministros do Tribunal, a Corte afere, no primeiro caso, a ocorrência de uma inconstitucionalidade material – conforme se verá a seguir, apesar de admitir essa hipótese, tal espécie de controle nunca foi efetivada – e, no segundo, uma inconstitucionalidade formal. Destaque-se que, nesse último aspecto, deve estar plenamente demonstrada a violação de norma constitucional que discipline aspectos do procedimento legislativo. A observância de preceitos regimentais é tida, pela jurisprudência majoritária, como matéria exclusivamente *interna corporis*, cujo controle seria de competência privativa das Casas do Parlamento.

Não foi outra a análise no MS 37722, em que o Ministro Relator Roberto Barroso, ao apreciar a medida liminar para denegá-la ressaltou o caráter da excepcionalidade da incursão do Judiciário, no âmbito do processo legislativo. Reproduz-se trecho da ementa da decisão proferida em 22/06/2022, *in verbis*:

(...). 2. O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais tem caráter excepcional e exige inequívoca afronta a alguma cláusula pétrea da Constituição. Mais excepcional ainda é o controle preventivo de constitucionalidade, visando impedir ou suspender a própria tramitação de proposta de emenda constitucional. Salvo hipóteses extremas, não deve o Judiciário impedir que prossiga a discussão de qualquer matéria no Congresso Nacional.

Atento ao caráter excepcional das medidas restritivas do processo legislativo, o Min André Mendonça bem definiu na decisão monocrática do MS 38659/DF o escopo da sindicabilidade do processo legislativo pelo Judiciário, enfatizando a excepcionalidade da medida, *in verbis*:

Tal controle, todavia, a meu ver, deve revestir-se do mais alto grau de excepcionalidade, estando circunscrito aos casos onde há flagrante, inequívoco e manifesto desrespeito ao devido processo legislativo.

14. Tenho que a autocontenção judicial deve nortear a atuação jurisdicional da Suprema Corte em tais casos, de modo que seja evitada, ao máximo, a prematura declaração de invalidade de ato legislativo ainda no seu processo de formação, diante do evidente risco de que se traduza em interferência indevida do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, em violação ao princípio da Separação dos Poderes.

15. Com efeito, não se pode tomar por corriqueiro ou mesmo banalizar o antecipado escrutínio integral e completo do ato normativo, ainda em fase de construção política e democrática no âmbito do Poder Legislativo, sob pena de congelamento da função legiferante, constitucionalmente atribuída, primordialmente, ao Poder Legislativo.⁸

⁸ MS 38659/DF, Relator Min André Mendonça, Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352328569&ext=.pdf> Acesso em 20/07/2022.



Surge, por fim, o questionamento de como aferir o transbordamento das prerrogativas constitucionais legislativas de modo a permitir o controle jurisdicional. Verifica-se dos recentes precedentes citados, pelo menos três manifestações dos Ministros do STF nos últimos dois meses, prezando pela excepcionalidade das medidas. Aprecia-se a seguir, em especial, aquela referente a tema que se quer tivera o processo legislativo iniciado, sendo dotada do caráter prévio em seu sentido mais literal.

3 DO VALOR CONSTITUCIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO – JUDICIAL RESTRAINT E O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO

Perceba-se que o caso concreto da ADI 7.184 mostrou que a dinâmica política utilizou o mecanismo de controle jurisdicional preventivo para tentar coibir a atuação parlamentar que eventualmente poderia estar contrária aos policiamentos dos autores da ADI.

A própria relatora identificou a relevância social da temática subjacente relativa à política de cotas, mas também sopesou a importância de permitir o regular funcionamento do poder legislativo. Logo, existem razões além da mera materialidade do conteúdo a serem resguardadas pela ordem constitucional.

Para além dos valores constitucionais enunciados expressamente no texto da Constituição Federal, parece ser relevante identificar que as Democracias Constitucionais atuais também demandam a observância dos atores sociais de normas informais, mas essenciais ao funcionamento institucional: tolerância mútua e a reserva institucional (LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel, 2018).

A primeira seria a capacidade de aceitação de posicionamentos contrários, sem a quebra das relações e o acatamento das decisões conforme a ordem democrática. Já a reserva institucional, por sua vez, seria a renúncia voluntária de utilização predatória ou abusiva de prerrogativas institucionais, ou seja, mesmo amparadas na lei, em maneira a gerar desconformidade com o regular funcionamento democrático.



Com efeito, essa noção de reserva institucional dialoga com a noção de *judicial self restraint* (autocontenção judicial). A expressão serve para designar várias técnicas pelas quais uma determinada autoridade judiciária – particularmente as cortes constitucionais, para o enfoque desta pesquisa – adotam postura redutora de suas possibilidades de imposição de condutas.

POSNER, 2012, p. 510, aponta a existência de três tipos principais de autocontenção ou autorestrição judicial:

- a) Legalismo ou formalismo: mediante a aplicação de posturas de vinculação literal das normas;
- b) Modéstia ou competência institucional: quando há deferência à decisão de outros agentes políticos, notadamente no caso de atribuições próprias do executivo, como a condução de políticas públicas ou do legislativo, em face de situações onde o comando jurisdicional não supre a inexistência legislativa;
- c) Restrição constitucional: quando os juízes não avançam na declaração ou apreciação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato normativo do Poder Executivo ou do Legislativo.

O judiciário buscar ativamente uma postura restritiva em sua atuação de modo a prestigiar o espaço constitucional do Legislativo parece ser consentâneo com o respeito e deferência à função estatal de produção normativa.

Com efeito, o autocomedimento do Poder Judiciário especialmente na apreciação de questões que foram objeto de debates intensos no Congresso Nacional demonstram uma deferência ao valor intrínseco das discussões democráticas; uma preocupação com a segurança jurídica e coerência geral do sistema jurídico; um respeito a instâncias técnicas relativamente a questões com impactos sociais e macroeconômicos múltiplos e, em última instância, um reconhecimento do valor da clara delimitação e harmonia entre os poderes constituídos.

Inegável, por outro lado, que existe a construção de uma jurisprudência no sentido de ser legítima a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas de cunho prestacional, defendendo-se a possibilidade de determinação na implementação de políticas públicas quando diante de omissões injustificáveis que possam comprometer a eficácia dos direitos fundamentais.



A sedimentação desse posicionamento institucional da Corte Suprema veio com o julgamento do Tema 698 da Repercussão Geral (RE 684.612). Interessante perceber que a tese fixada parece ser ela mesma um movimento de temperamento de uma postura mais ativa através de uma autocontenção.

O item 1 da tese, é assim enunciado: "1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes".

A abertura da tese enaltece essa possibilidade de efetivação de direitos fundamentais através de comandos jurisdicionais que imponham condutas específicas para o Poder Executivo e para o Poder Legislativo, como derivação da proteção dos direitos fundamentais, ou seja, dentro da efetivação maior da Constituição.

Já o segundo item da tese demonstra uma preocupação com autocontenção ou mesmo uma deferência técnica: "2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado".

Perceba-se que existe inclusive uma preocupação de com a adoção do que se convencionou em chamar de práticas estruturais, ou seja, a construção jurisdicional pactuada com diversos atores e com expansão subjetiva do processo, de planos e ação e/ou compromissos dos atores sociais na correção de situações e estados de coisas irregulares em face do ordenamento jurídico.

Assim, é nessa tenção que o Supremo Tribunal Federal parece dosar medidas de ativismo e autocontenção, especialmente no respeito a reserva legal. Uma outra face desse respeito espaço do poder legislativo parece se dar quando a autocontenção judicial não configurar uma proteção deficiente ao próprio procedimento legiferante. Dito de outra forma, a intervenção judicial pode ser necessária quando a reserva institucional falhou e ocorrerem abusos nas prerrogativas do próprio Legislativo.

A atuação do Supremo Tribunal Federal em demandas questionando o processo legislativo parece ser então uma exigência para garantir a efetividade das normas constitucionais e, mais especificamente, a garantia do devido processo legislativo (BARROSO, 2008, 113-115).



Esse cenário amplo parece justificar a multiplicidade de sentidos e invocações do “devido processo legislativo” como fundamento da busca de intervenção judicial. Nesse particular, interessante identificar a compilação de sentidos possíveis:

Fala-se, por exemplo, em devido processo legislativo como direito subjetivo das pessoas submetidas a julgamento ou investigações realizados perante o Parlamento, mas também se utiliza a expressão para representar o direito subjetivo público de um parlamentar a não se submeter a procedimentos e deliberações que violem as normas constitucionais regentes do processo legislativo.

O mesmo conceito também é empregado no sentido de uma condição objetiva de validade formal das normas jurídicas. Há, dentro desse panorama objetivo, as concepções que opõem uma visão meramente formal do princípio ora tratado – no sentido de mero respeito aos procedimentos traçados – a uma visão mais substancial, do devido processo como aquele revestido de caráter democrático, no qual os destinatários do provimento estatal participam da elaboração desses provimentos. Há, ainda, uma polêmica mais: o princípio do devido processo legislativo, na seara judicial, engloba a verificação de regularidade dos processos parlamentares de produção de normas também perante as balizas procedimentais postas pelos regimentos internos das Casas legislativas, ou apenas em face dos parâmetros constitucionais? (MONTEIRO NETO, 2020, 10)

Diante dessa multiplicidade de possíveis sentidos, é possível identificar um fio condutor de que o processo legislativo parece ser um procedimento de justificação do próprio direito e da forma como o direito se processa. Nesse sentido, parece ser adequada a caracterização de Cattoni de Oliveira:

Nesse quadro, o processo legislativo, enquanto processo de justificação democrática do Direito, pode ser caracterizado como uma seqüência de diversos atos jurídicos que, formando uma cadeia procedimental, assumem seu modo específico de interconexão, estruturado em última análise por normas jurídico-constitucionais, e, realizado discursiva ou ao menos em termos negocialmente equânimes ou em contraditório entre agentes legitimados no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, visam à formação e emissão de ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, nesse caso, de provimentos normativos legislativos, que, sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica. (CATTONI, 2000, 109)

Assim, essa concepção, mais alargada, derivada do “devido processo legal” (art. 5º, inc. LIV, da Constituição), parece evocar uma noção de adequação ampla ao ordenamento jurídico constitucional, o que pode passar uma falsa noção de admissibilidade ampla de argumentos constitucionais.

Por essa linha de adequação ampla, estar-se-ia diante de uma possível consideração de que qualquer situação de inconstitucionalidade estaria passível de autorizar um controle



jurisdicional prévio. Isso nos remota ao caso paradigma, no qual, uma suposta invocação à vedação do retrocesso social (ou seja, uma questão efetivamente de cunho constitucional), estaria apta a autorizar este controle.

O silogismo seria simples:

- a) a regulamentação/política de cotas se presta a efetivar direitos fundamentais;
- b) existe sólida doutrina e jurisprudência sobre a vedação de retrocesso em normas concretizadoras de direitos fundamentais sociais;
- c) logo, como forma de prevenir “ameaça à direito”, é possível pedir uma tutela que venha a limitar o parlamento no futuro quanto às formas de revisão.

Nesse momento que se entende aplicável o *judicial restraint* e a vedação da proteção deficiente do devido processo legislativo.

Perceba-se que falácia do silogismo acima já está na pressuposição de que a vedação do retrocesso social é cabível para limitar o regular processo legislativo. Nesse particular, invoca-se recente decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.224, de relatoria da Ministra Rosa Weber, na qual fica consignado:

O princípio da vedação do retrocesso social não se presta à finalidade de embaraçar toda e qualquer inovação legislativa que se mostre indesejável ou inconveniente sob a perspectiva unilateral de quem o invoca. Sua função é obstar políticas públicas capazes de por em risco o núcleo fundamental das garantias sociais estabelecidas e o patamar civilizatório mínimo assegurado pela Constituição. Aspectos marginais e acessórios da legislação infraconstitucional não podem ser elevados à condição de valores constitucionais fundamentais, pena de se constitucionalizar as leis ordinárias.

Logo, autocontenção judiciária se aplica em não constitucionalizar aquilo que verdadeiramente não se insere no núcleo duro ou mínimo de direitos fundamentais. Por outro lado, a vedação da proteção deficiente não se aplica, por não estamos diante de situação na qual a mera regular apreciação de argumentos e fundamentos sobre matérias controversas pelo parlamento seriam tais a ponto de violar preceitos constitucionais.

Canotilho enfrenta o tema da autolimitação judicial da seguinte maneira:

O princípio da autolimitação dos juízes continuará a ter sentido útil se com ele se quer significar não a inadmissibilidade de juízos de valor na tarefa de interpretação concretização-constitucional (existentes em qualquer actividade interpretativa), mas **a contenção da actividade dos tribunais dentro dos limites da função jurisdicional**. Isso implica, desde logo, reflexão sobre a respectiva precompreensão e



disciplina na invocação de elementos de interpretação valorativos. **Isso apontará, em geral, para os limites de cognição dos juízes quanto aos vícios: cabe-lhes conhecer dos vícios de constitucionalidade dos actos normativos mas não dos vícios de mérito (oportunidade política dos actos e uso do poder discricionário pelo Parlamento e Governo).** (CANOTILHO, 2003, 1309)

Portanto, a juízo aqui evidenciado parece ser consentâneo com a lógica subjacente ao paradigma. Se, “*a função de legislar é atribuída, de forma típica, ao Congresso Nacional*” (CAVALCANTE FILHO, 2022, 12) cabendo a ele o exercício do juízo de valor político da política pública de cotas, não caberia ao Judiciário se imiscuir na temática de forma tão precipitada a ponto de balizar a futura atuação da revisão dessa política quando vier a ter início o processo legislativo referente ao previsto no art. 7º da lei 12711/2012.

De se observar ainda que nada obsta uma atuação do Poder Judiciário, no futuro, caso, o que argumenta o autor da ADI venha a se concretizar. Caso a premente revisão do tratamento da política de cotas configure um retrocesso, de modo a fazer retroceder os direitos e garantias conquistados, o STF certamente será mais uma vez acionado e poderá vir a exercer um papel de guardião da Constituição. Mas a Corte vir a tratar o tema de modo tão precoce, sem nem mesmo iniciado processo legislativo revisor teria sido, no mínimo surpreendente, diante de uma postura mais conservadora de autocontenção que se vislumbra da análise dos precedentes judiciais considerados.

Conclusão

A conclusão mais imediata deste artigo é que não se pode pretender uma tutela inibitória sobre o conteúdo de normas futuras, no caso, em debate, norma que sequer teve a tramitação iniciada, em detrimento de se efetivamente tolher o Poder Legislativo em uma função típica e essencial.

Perceba-se que é possível um controle de constitucionalidade sobre o conteúdo e garantias procedimentais já existentes que regem o debate político-democrático no Parlamento brasileiro, mas não se pode ter uma ingerência no que seria um livre embate de ideias e formas de construção normativa.

Assim, é viável concluir:





1. Historicamente o consenso doutrinário e jurisprudencial se forma na possibilidade de um controle jurisdicional do processo legislativo de forma excepcional e restrita;

2. A casuística aponta predominantemente para controles relacionados a avaliações formais e verificáveis objetivamente, razão pela qual a figura de remédio constitucional tem sido o Mandado de Segurança, manejado por parlamentares (indivíduos em face dos quais subsiste um direito subjetivo à participação no adequado processo legislativo).

3. Existem tentativas de expansão do controle jurisdicional como forma de tolher previamente o debate, sendo que o judiciário (a exemplo do julgado paradigma do artigo) parece estar ainda exercendo uma postura de *self restraint* e limitando sua intervenção às situações nas quais a autocontenção representaria proteção deficiente do próprio devido processo legislativo de matiz constitucional derivada da garantia maior do devido processo legal.

4. Tanto o julgado paradigma, como a lógica esposada no artigo, parecem militar a favor da conclusão da impossibilidade de tutela inibitória de cunho constitucional sobre a própria faculdade de debates inerentes aos embates políticos no parlamento, independentemente da relevância da matéria subjacente, sob pena de censura prévia ou substituição indevida do legislativo pelo judiciário.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. **Controle Judicial e Processo Legislativo – A observância dos Regimentos Internos das Casas Legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.



CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Limites da Iniciativa Parlamentar sobre Políticas Públicas - uma proposta de releitura do art. 61, § 1º, II, e, da Constituição Federal**. Textos para discussão, n. 122. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/243237>

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **O devido processo legislativo na jurisprudência do STF**. Estudos Eleitorais, Brasília, DF, v. 10, n. 3, p. 119-133, set./dez. 2015.

FALCONI, Ivan Furlani. **TRICAMERALISMO À BRASILEIRA? A EXPANSÃO DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Revista Caderno Virtual. IDP, Vol. 2, n° 43, jan/mar 2019.

LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MONTEIRO NETO, José Trindade. **O Conceito Judicial do Devido Processo Legislativo**. Dissertação de Mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2020.

POSNER, Richard. A. **The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint**. California Law Review. Vol. 100. Nº 3, Jun. 2012.

PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira; HENRIQUES, Hugo Rezende. **Análise de admissibilidade de proposições legislativas: a atuação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal em 2014**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 54, n. 213, p. 39-62, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/531152>



SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. **Controle judicial do processo legislativo: do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo.** *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 79-104, out./dez. 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p79

SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão no 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 20 de julho de 2022.