



Judicial review: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011?

JUDICIAL REVIEW: COULD WE TAKE ANY ADVANTAGE FROM THE PEC 33/2011?

Leonardo Varella Giannetti¹

Resumo

O presente trabalho busca analisar a atual relação entre os poderes Judiciário e Legislativo, com ênfase na edição da PEC n. 33/2011. Serão analisados os motivos e as propostas do Parlamento para buscar restringir a atuação do STF no controle de constitucionalidade, bem como o debate acadêmico travado entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, juristas de renome que influenciaram de forma significativa a discussão sobre o tema. Ao final, serão feitas algumas considerações sobre a PEC n. 33/2011, no sentido de se verificar se ela realmente é absurda, adequada ou benéfica ao tratamento da matéria.

Palavras-chave

Controle judicial da constitucionalidade; PEC n. 33/2011; supremacia do tribunal; Dworkin; Waldron; Brasil.

Abstract

This paper aims to analyze the relationship between the Judicial Power and the Legislative Power. It will be analyzed the reasons and the proposals from the Parliament to restrict the Supreme Court's role in the judicial review and the academic debate between Ronald Dworkin and Jeremy Waldron, renowned legal scholars who significantly influenced the discussion about this theme. At the end, it will be some considerations about the PEC n. 33/2011 in order to check if the proposal is nonsense, reasonable or beneficial for the subject.

Keywords

Judicial review; PEC n. 33/2011; Supreme Court's supremacy; Dworkin; Waldron; Brazil.

Eles rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada, é melhor que se feche o Supremo.

INTRODUÇÃO: A PEC N. 33/2011 NO ATUAL CENÁRIO DA RELAÇÃO ENTRE OS PODERES JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO

A afirmativa transcrita na epígrafe deste artigo, especialmente pelo tom dramático, não foi feita por algum advogado na tribuna ou veiculada em uma petição inicial de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nem foi lançada por algum jornalista ou colunista. Ela foi elaborada pelo ministro Gilmar Mendes e noticiada em diversos meios de comunicação.¹

O objeto da “fúria” lançada pelo ministro se refere à Proposta de Emenda Constitucional n. 33, de 2011, de autoria do deputado Nazareno Fonteles. Dois dias antes da declaração feita pelo ministro Gilmar Mendes, ela tinha sido aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, fato que motivou o conhecimento público de tal proposta.

Por meio dessa PEC, busca-se reformular o *quorum* mínimo para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, bem como condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) à aprovação pelo Poder Legislativo. Ela ainda submete ao Congresso Nacional as decisões de mérito proferidas em ADI que declarem a inconstitucionalidade de emenda à Constituição Federal. Tal debate aumentou a tensão interinstitucional existente entre o STF e o Congresso Nacional decorrente, principalmente, de decisões proferidas pelo tribunal que, sem entrar no mérito do acerto ou não, incomodaram os integrantes do parlamento, pois tangenciam o sempre tormentoso limite de atuação dos poderes da república.

No caso, a primeira proposição da PEC (e a que gera o maior número de críticas) se refere à alteração do art. 97 da Constituição da república, passando a exigir o *quorum* especial de quatro quintos (e não maioria) dos membros ou dos membros que compõem o órgão especial para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público. No caso do STF, caso tal projeto seja aprovado, seriam necessários não mais seis, mas nove votos favoráveis à inconstitucionalidade.

A segunda alteração envolve a edição de súmulas vinculantes. Estas poderiam ser propostas também pelo *quorum* de quatro quintos, após reiteradas decisões do STF sobre a matéria constitucional, mas teriam efeito vinculante *após aprovação pelo Congresso Nacional*. A não deliberação pelo parlamento no prazo de noventa dias importará em aprovação tácita.

¹ Conferir, por exemplo, a matéria veiculada pelo jornal *Folha de S. Paulo* de 26 de abril de 2013, tanto na primeira página como na página A6, e pelo jornal *Estado de Minas*, na mesma data, p. 3.

Por fim, a terceira mudança pretendida alcança as decisões proferidas pelo STF em sede de ADI que analisem a constitucionalidade de emendas à Constituição. Pelo art. 3º da reforma proposta, tais decisões “não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular”. A ausência de deliberação no prazo de noventa dias importará na aceitação da decisão judicial.

A reação do ministro Gilmar Mendes não foi isolada. No mesmo dia 26 de abril de 2013, o presidente do STF Joaquim Barbosa emitiu a seguinte declaração sobre a PEC n. 33/2011:

Separação de Poderes não é uma noção abstrata. Faz parte do direito de todos os cidadãos. Integra o conjunto de mecanismos constitucionais pelos quais um poder contém ou neutraliza os abusos do outro. Tem quase 80 anos a tradição já consolidada entre nós de se permitir que o Supremo Tribunal Federal declare a invalidade jurídica de uma lei votada pelo Congresso, por maioria absoluta, por violação de uma cláusula constitucional. Por que alterar isso agora, em pleno século 21? Essa medida, se aprovada, fragilizará a democracia brasileira.²

Opiniões jornalísticas³ e doutrinárias contrárias à PEC também foram proferidas em blogs e outros meios de comunicação, sem cunho mais formal ou acadêmico.⁴ Além disso, houve a impetração de dois mandados de segurança por parlamentares buscando suspender o andamento do referido projeto de emenda (MS n. 32.036 e 32.037, ambos distribuídos no dia seguinte à aprovação da PEC na CCJC).⁵ Eles alegam, em síntese, que a PEC n. 33/2011 tende a alterar o equilíbrio e a harmonia entre os poderes da república, violando, por consequência, a cláusula pétrea do art. 60, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição, que veda a apreciação de propostas

2 Declaração veiculada no boletim *Notícias STF*, em 26 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237187&caixaBusca=N>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

3 Essa questão foi tema de capa da revista *Veja*, de notória popularidade e grande circulação nacional, edição de 1º de maio de 2013, cuja matéria jornalística ataca diretamente o Partido dos Trabalhadores (PT). Eis o teor da capa: “O ataque à justiça. Para escaparem da cadeia, os réus e os radicais do PT desafiam a Constituição e a harmonia entre os poderes”.

4 Por exemplo, vide a opinião dada por Alexandre de Moraes, no site *Consultor Jurídico*, de 26 de abril de 2013, em texto denominado “A PEC 33/2011 cria uma guerrilha institucional inútil”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/justica-comentada-pec-332011-cria-guerrilha-institucional-inutil>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

5 O MS n. 32.036 foi impetrado pelo deputado Carlos Sampaio (PSDB-SP), contra a Mesa da Câmara dos Deputados, e o MS n. 32.037 tem como autor o deputado Roberto Freire (PPS-SP), contra o presidente da CCJC daquela casa legislativa.

de emenda que tendam a abolir a separação dos poderes. Houve pedido de liminar indeferido pelo ministro Dias Toffoli sob a alegação de ausência do requisito do perigo da demora.⁶

Apesar das sérias e céleres críticas feitas por diversos setores da sociedade ao referido projeto de emenda constitucional, o debate por ele iniciado e o tema que lhe serve de pano de fundo possuem aspectos positivos que merecem discussão mais profunda,⁷ pois poderão ajudar a moldar melhor o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos e aprimorar as relações interinstitucionais.

O objetivo deste artigo é justamente mostrar o lado *positivo* do tema inerente à referida PEC e os ganhos que ela pode propiciar ao servir como catalisador da discussão sobre alguns pressupostos justificadores da revisão judicial e tratar de outros arranjos institucionais que podem melhorar não só a relação entre os poderes da república como aprimorar o exercício democrático de suas funções.

Para tanto, iniciaremos o trabalho com a análise de uma das principais justificativas para a revisão judicial e o tradicional papel de uma Corte Constitucional. Essa visão é muito bem tratada por Ronald Dworkin, cujos trabalhos em favor da revisão judicial influenciaram de forma significativa o debate. Após essa análise, trataremos de tradicional vertente doutrinária que é contrária à prática da revisão judicial, pautando-nos nas críticas feitas por Jeremy Waldron, outro professor americano que travou diversos debates acadêmicos com Dworkin. A seguir, falaremos da justificativa dada à PEC n. 33/2011, bem como de uma visão mais atual a respeito da revisão judicial, desenvolvida por Conrado Hübner Mendes, professor de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo (USP), em dois trabalhos de fôlego sobre a matéria. Ao final, verificaremos se o tema central do combatido projeto de emenda é atual e merece ser mais bem refletido no Brasil ou se versa sobre algo realmente impensável no Estado Democrático de Direito, sendo procedente a crítica contundente e ferina contra a proposta parlamentar.

I DA CONCEPÇÃO TRADICIONAL SOBRE A REVISÃO JUDICIAL: O STF COMO PROTETOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DETENTOR DA ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A CONSTITUIÇÃO

O controle jurisdicional de constitucionalidade exercido por membros não eleitos é bem aceito

⁶ Antes de apreciar a liminar, o ministro Dias Toffoli deferiu o prazo de 72 (setenta e duas) horas para que as autoridades impetradas se manifestassem previamente, tendo a Mesa da Câmara dos Deputados e a Presidência da CCJC enviado informações referentes à tramitação da PEC n. 33/2011.

⁷ Na contramão do “levante” contra a PEC, merece destaque a opinião lançada em 3 de maio de 2013, no jornal *Valor Econômico*, por Virgílio Afonso da Silva, na qual acentuou, com mais parcimônia e bom senso, que, “embora extremamente polêmica, a proposta é menos singular do que muitos pretenderam fazer crer”. (disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-emenda-e-o-supremo>>; acesso em: 30 jun. 2013).

e assimilado na atual realidade,⁸ em que prepondera a supremacia da Constituição e a necessidade de se preservar os direitos fundamentais. Há várias justificativas para legitimar a jurisdição constitucional e a possibilidade de o Tribunal afastar uma lei por vício de inconstitucionalidade. José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 61) enumera onze argumentos formulados pelos defensores do controle judicial de constitucionalidade, dentre os quais merecem destaque *a promoção dos direitos fundamentais e a posição privilegiada do juiz constitucional*. Esses dois argumentos devem ser ressaltados em razão dos objetivos do presente texto, bem como por aparecerem com frequência na jurisprudência do STF.

Mesmo sendo denominada por muitos como uma instituição contramajoritária, aceita-se sem muitos questionamentos no Brasil – até em razão do texto constitucional – que o STF é o *guardião* da Constituição Federal,⁹ cabendo-lhe dar a última palavra em matéria constitucional.¹⁰ André Ramos Tavares (2012, p. 104), por exemplo, reafirma os argumentos mais fortes pró-legitimidade do Poder Judiciário: a competência institucional outorgada pela Constituição Federal de 1988; a capacitação técnica dos órgãos judiciais; a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, pois o regime democrático não depende apenas do consenso firmado pela maioria.

Esse último argumento é frequente na doutrina dworkiana, pois a democracia se preocupa em promover a igualdade dos cidadãos (concepção constitucional de democracia) e não se limita às deliberações feitas pela maioria (premissa majoritária). A premissa majoritária é utilizada por Dworkin (2006, p. 24-25) para qualificar uma tese a respeito dos *resultados* justos de um processo político. Nela, os procedimentos políticos são projetados de tal modo que, ao menos nos assuntos importante, a decisão será tomada pela maioria dos cidadãos. De qualquer modo, os adeptos dessa premissa aceitam que, *às vezes*, a voz da maioria não deve prevalecer para preservar um direito da minoria. Todavia, na concepção majoritária de democracia, mesmo que tal proteção seja necessária, ela sempre será vista ou compreendida como *injusta*.¹¹

⁸ Não se desconhece a existência de outros regimes de controle de constitucionalidade, como o controle prévio francês, exercido pelo Conselho Constitucional. Sobre o tema, vide Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira (2012, p. 67-75).

⁹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, *precipualemente*, a *guarda da Constituição*, cabendo-lhe: [...]”.

¹⁰ Não se desconhece que no Brasil também há o controle político de constitucionalidade, exercido tanto pelas Casas Legislativas (por meio de suas Comissões) como pelo veto oposto pelo Executivo a projeto de lei, com fundamento na inconstitucionalidade da proposição legislativa (art. 66, § 1º, CF/88). Todavia, a hegemonia do controle judicial legitima seu estudo.

¹¹ “A premissa majoritária não exclui exceções desse tipo, mas insiste em que, nesses casos, mesmo que uma atenuação do governo da maioria se justifique de forma global, essa atenuação é algo lamentável do ponto de vista moral. Em outras palavras, a premissa supõe que, quando uma maioria política não pode fazer o que quiser, isso é sempre injusto, de tal modo que a injustiça permanece mesmo quando existem fortes razões que a justifiquem.” (DWORKIN, 2006, p. 25).

Dworkin defende a “concepção constitucional da democracia”, focada na *igual consideração e respeito às pessoas*.¹² Se as instituições majoritárias não observam, deixam de garantir ou garantem de forma deficiente as condições democráticas, outras instituições que buscam garanti-las serão consideradas legítimas.

Nessa linha de raciocínio, o Tribunal, ao praticar a revisão judicial da legislação, dará a necessária proteção da minoria contra a maioria (qualificada, por vezes, como “tirânica”), a ser feita por um órgão imparcial, distanciado das causas políticas e preparado tecnicamente para tal função. A aposta no juiz (bem intencionado) e a desconfiança no legislador (despreparado) pode estar por trás desse raciocínio. O jurista americano chega a dizer que “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos” (DWORKIN, 2000, p. 27).

Dentro das ideias gerais lançadas por Dworkin para justificar o *judicial review* está a bem conhecida distinção entre princípio e política (*policy*) (DWORKIN, 2002, p. 36, 128, 141). Em síntese, os princípios descrevem direitos, ao passo que as políticas traçam metas (objetivo a ser alcançado). Tradicionalmente, cabe aos juízes deliberar e analisar com base em argumentos de *princípios*, enquanto as razões de cunho político são utilizadas exclusivamente pelos membros do Poder Legislativo em suas deliberações. Para Dworkin (1999, p. 292), o juiz está em posição diferente da do legislador, que não precisa justificar seus atos com base em argumentos de princípio, mas apenas com argumentos que visam o bem geral (*policy*).¹³

Em razão dessa diferenciação, Dworkin (2000, p. 101) eleva a Suprema Corte a um verdadeiro “fórum do princípio”, que não afronta ou viola a democracia, mas, ao contrário, a protege e garante. E essa distinção, esclarece Hübner Mendes (2011, p. 24-25), separa os parâmetros que justificam tais decisões: enquanto as decisões pautadas em argumentos de *policy* se legitimam pelo critério de *quem* (parlamento representativo) e *como* (regra estática da maioria, promovendo a igualdade formal) decide, as decisões sobre direito se legitimam em razão de seu *conteúdo* (a motivação).

De outro lado, é também bastante conhecida de Dworkin (2002, p. XV) de conceber os direitos como *trunfos* contra a maioria, algo similar a ter um direito de “resistência” contra

¹² “O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. [...] A democracia é um governo sujeito às condições [...] de igualdade de status para todos os cidadãos.” (DWORKIN, 2006, p. 26).

¹³ “Um legislativo não precisa de razões de princípio para justificar as regras que aprova sobre o ato de dirigir carros, aí incluídas as regras sobre indenização por acidentes [...]. Uma legislatura pode justificar suas decisões de criar novos direitos para o futuro ao mostrar de que modo estes vão contribuir, como boa política, para o bem-estar do conjunto da comunidade. [...] O direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores.” (DWORKIN, 1999, p. 294).

os poderes constituídos ao dispor contra a vontade, a opinião ou a decisão da maioria política, ainda que legitimamente eleita.¹⁴

As ideias do referido professor americano,¹⁵ aliadas ao acentuado grau de constitucionalização do direito, ocasionaram, em termos de teoria normativa, a preponderância, o prestígio e a preferência pelo Tribunal Constitucional frente ao legislador, pois seria uma instituição mais bem preparada para lidar com a proteção dos direitos individuais e, por consequência, garantiria com mais eficácia a democracia.

Contudo, sabe-se que Dworkin não aceita qualquer motivação do juiz para validar a decisão proferida. A legitimidade não advém da autoridade, mas do *conteúdo do ato decisório*, motivo pelo qual o filósofo americano enfatiza a necessidade de motivação com base em *argumentos* de princípio e que respeite a integridade. Entretanto, Dworkin (2006, p. 49-50) não é ingênuo e reconhece que os Tribunais não são infalíveis. Ele reconhece a possibilidade de erro judicial, que é simétrica ao erro do legislador. Uma decisão judicial errada é uma decisão antidemocrática. O que importa é o esforço, a tentativa compromissada do juiz em acertar, algo que supera o mero consenso firmado no parlamento.

Hübner Mendes (2008, p. 10-11) sinaliza que o debate sobre *quem deve ser a autoridade para decidir sobre os desacordos morais existentes na sociedade* ainda é tema pouco discutido no direito constitucional brasileiro, pois há o senso comum de que tal tarefa cabe exclusivamente ao STF. Tendo em vista que a democracia exige não apenas decisões tomadas por maioria,¹⁶ mas a proteção dos direitos como salvaguarda às decisões majoritárias, para a corrente *majoritária*

¹⁴ Nesse sentido, merece destaque a afirmação feita por Jorge Reis Novais (2012, p. 37): “A metáfora dos trunfos tem a sua cunhagem em Dworkin, significando que as posições jurídicas individuais assentes no direito moral a igual consideração e respeito, que o Estado deve reconhecer a cada indivíduo, funcionam como trunfos contra preferências externas, designadamente contra pretensões estatais em impor ao indivíduo restrições da sua livre autodeterminação em nome de concepções de vida alheias e que, por razões utilitárias ou por beneficiarem de um apoio majoritário, o Estado considere como merecedoras de superior consideração. Nesse sentido se fala em direitos como trunfos que ‘entriqueiram’ os bens de liberdade e autonomia individual contra decisões políticas – decisões que seriam aceitáveis num contexto que não envolvesse direitos fundamentais – mesmo quando elas se pretendam justificar em nome da obtenção do bem da comunidade.”

¹⁵ Ideias estas que influenciaram e ainda influenciam bastante o debate na Teoria e Filosofia do Direito, especialmente no que toca à hermenêutica.

¹⁶ Isso não é uma visão exclusiva da doutrina jurídica. O cientista político Robert Dahl (2001, p. 61-62) diz que “a democracia não é apenas um processo de governo. Como os direitos são elementos necessários nas instituições políticas democráticas, a democracia também é inerentemente um sistema de direitos. Os direitos estão entre os blocos essenciais da construção de um processo de governo democrático”. Para Dimitri Dimoulis (2007, p. 200-201), a tese da *complementaridade ou vinculação* entre direitos fundamentais e o regime democrático é predominante na doutrina e restou incorporada em normas jurídicas nacionais e internacionais. Todavia, o mencionado professor indica a existência de outra corrente de pensamento, denominada *tese da incompatibilidade ou conflito* entre democracia e direitos fundamentais. Como o presente texto não possui o objetivo de debater esse tema com mais profundidade, fica a referência ao leitor.

nada mais natural que atribuir à revisão judicial o modelo institucional para conjugar todos os interesses. Assim, para o citado autor:

A imbricação entre liberdades fundamentais e tribunais, entre proteção de direitos e controle de constitucionalidade, é tida como uma conquista dos regimes democráticos contemporâneos. Não se pensa hoje em democracia sem Parlamento, arena típica do conflito de interesses, do “governo dos homens” (*rule of men*). Tampouco em constitucionalismo sem uma Corte Constitucional, lugar de realização última da justiça, do “governo das leis” (*rule of law*), qualificada por predicados como imparcialidade, independência e neutralidade partidária. Ainda que haja divergência sobre cada conceito, é seguro dizer que cada um desses ideais definiu seu espelho institucional. E a jurisdição constitucional é o elo para acomodação dos ideais democrático e constitucionalista. O guardião do constitucionalismo perante a taquicardia majoritária. (MENDES, 2008, p. 10).

Essas ideias foram assimiladas pelo próprio STF, com um gravame: este se qualifica como o detentor da última palavra do processo interpretativo do texto constitucional, algo próximo da ideia de que “a Constituição é o que o Supremo diz”. Além de essa visão estar na base da afirmação feita pelo ministro Gilmar Mendes contra a PEC n. 33/2011, argumentos desse tipo se fazem presentes, por exemplo, no voto proferido pelo ministro Celso de Mello, relator do MS n. 26.603, em que afirma, textualmente, que o STF possui a “singular prerrogativa” do *monopólio* (exclusividade, portanto) de proferir a *última palavra* em tema de interpretação do texto constitucional.¹⁷

¹⁷ Esse precedente foi analisado pelo Pleno do STF e discutia a questão da fidelidade partidária. O trecho final da ementa é este: “A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. – O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. – No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes. – A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”. (MS n. 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 4-10-2007, *DJe*-241, 19-12-2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em: 30 jun. 2013).

Em outro precedente, o mesmo ministro Celso de Mello reafirmou a tese de o STF possuir o monopólio da última palavra e que lhe cabe desempenhar a função contramajoritária para assegurar os direitos da minoria contra os excessos ou omissões da maioria.¹⁸ Por fim, o referido ministro, invocando Rui Barbosa, por mais de uma vez¹⁹ já afirmou que o STF não é infalível, mas possui *o direito de errar por último*.²⁰

Assim, a decisão judicial é vista tradicionalmente não como uma fase existente no processo de diálogo institucional em direção a uma decisão coletiva. Ao contrário, ela é encarada como uma decisão final, que encerra o processo.

Os fortes argumentos desenvolvidos por Dworkin e ora sintetizados serviram (e ainda servem) para legitimar o controle jurisdicional das leis. Algumas dessas ideias foram assimiladas, inclusive pelo STF, conforme se verificou, e elas parecem inabaladas.

De outro lado, o que se verifica no Brasil, com mais frequência, são debates sobre os *limites do exercício* do controle de constitucionalidade pelo STF, tema este tratado em diversas obras sobre teorias de argumentação jurídica, bem como em estudos voltados à análise do denominado *ativismo judicial*.²¹ Afinal, a hipertrofia dos poderes da magistratura, com valorização do papel desempenhado pelo magistrado (especialmente em matéria constitucional) e o reconhecimento de que a atividade por ele desempenhada também é criadora do direito são questões bem presentes no cenário doutrinário brasileiro.

¹⁸ Esse caso, por sua vez, tratava do casamento entre homoafetivos. O trecho final da ementa é o seguinte: “A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. – A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. – Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere ‘o monopólio da última palavra’ em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina”. (RE n. 477554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 16-8-2011, DJe-164, 26-8-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em: 30 jun. 2013).

¹⁹ O *direito de errar por último* foi recentemente invocado pelo ministro Celso de Mello, no julgamento do “Mensalão” realizado em 17 de dezembro de 2013 (AP 470).

²⁰ “Em todas as organizações, políticas ou judiciais, há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar. Mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, a alguém deve ficar o direito de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade.” (Voto proferido pelo ministro Celso de Mello no MS n. 25647-MC, Relator p/ acórdão Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 30-11-2005 e publicado em 15-12-2006, p. 82. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=394908>>. Acesso em: 30 jun. 2013).

²¹ Sobre o ativismo judicial, tema de difícil conceituação, bem como sobre judicialização das relações sociais, vide TAVARES (2012, p. 59-85); VALLE (2009); RAMOS (2013).

Apesar de se reconhecer a importância do estudo dessas questões, não se discute, no Brasil, de forma mais profunda²² se o STF realmente é o *intérprete final do texto constitucional*, bem como se há espaço para o Poder Legislativo ao menos cooperar nessa importante e árdua função. Não há, de forma usual e bem estruturada, estudos acadêmicos que tratem das teorias críticas à revisão judicial²³ e apontem novas formas de relacionamento interinstitucional. A pergunta lançada por Álvaro de Vita no prefácio ao livro de Hübner Mendes (2008, p. XXI) e abaixo transcrita não é uma reflexão normalmente vista ou analisada pela doutrina nacional que trata do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro:

Se recusarmos, como Hübner Mendes faz nesse livro, a justificação mais ambiciosa para o instituto do controle de constitucionalidade – a de que o tribunal, por ser um “fórum de princípio”, estaria mais apto do que o legislatura para garantir os direitos e liberdades fundamentais protegidos constitucionalmente – haveria alguma outra forma de justificá-lo?

E Álvaro de Vita, também ao prefaciá-lo livro de Hübner Mendes (2008, p. XVI e XVII), elucida que a “sabedoria convencional” a respeito do *judicial review* criou um arranjo institucional que não serviu para assegurar a supremacia da Constituição, mas sim a supremacia da Corte sobre o legislativo, ou a supremacia da interpretação que a Corte faz da Constituição.

Essas indagações tangenciam uma premissa *anterior* ou *prévia* ao referido “ativismo judicial”, sendo que a importância desse estudo está em conferir ao regime democrático existente um acréscimo na *qualidade* no seu exercício. E elas estão presentes no debate da PEC n. 33/2011. Esse tema será visto a seguir.

2 CRÍTICA À SUPREMACIA DO TRIBUNAL:

COMO O PENSAMENTO DE JEREMY WALDRON PODE AJUDAR NA REFORMULAÇÃO DO PENSAMENTO TRADICIONAL SOBRE A REVISÃO JUDICIAL?

Ao contrário do Brasil, nos Estados Unidos há grande discussão sobre o *judicial review* e

²² Configuram exceções digna de nota as obras de Conrado Hübner Mendes, de estudo obrigatório sobre o tema do controle de constitucionalidade e sua interface com a democracia. No início do seu livro que reproduz sua dissertação de mestrado, o autor diz que seu trabalho “engaja-se na apresentação das várias inconsistências da ‘versão messiânica’ do controle de constitucionalidade (versão que a define como a ‘última trincheira do cidadão’, a ‘reserva de justiça’ da Constituição, e assim por diante), e na sugestão, ainda embrionária, de um novo prisma” (MENDES, 2008, p. XXVI).

²³ “A legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade nunca despertou intensos debates públicos ou acadêmicos no Brasil. Tal silêncio, é verdade, poderia ser atribuído a particularidades históricas.” (MENDES, 2011, p. 11).

o papel da Suprema Corte. Ela também tangencia a questão do “ativismo”, mas não se limita a isso. Essas críticas são formuladas por diversos autores, muitos deles renomados professores de distintas faculdades americanas. Em razão da prática judicial, da grande relevância que o STF possui no cenário brasileiro e das diminuições de espaço de divergência entre o *civil law* e o *common law*, não há dúvida de que a tendência será o estudo comparado dessas teorias e, dentro do que for compatível, suas aplicações ao direito constitucional brasileiro.²⁴

Um dos autores de grande repercussão no cenário jurídico americano é Jeremy Waldron.²⁵ Ele direciona suas críticas, elaboradas ao longo dos últimos vinte anos, ao *judicial review* no seu sentido *forte* (e não *fraco*²⁶) e aos argumentos desenvolvidos por seu colega Ronald Dworkin.

Judicial review em sentido forte ocorre quando o Tribunal: (1) se recusa a aplicar um ou mais dispositivos de lei a um caso particular; (2) modifica os efeitos de uma lei de forma a aplicá-la conforme o direito individual; (3) possui autoridade para declarar inválida uma lei ou determinado dispositivo legal, retirando-o do ordenamento jurídico (WALDRON, 2006, p. 1.354).

No sistema fraco, por sua vez, as Cortes devem examinar com cuidado a legislação e sua conformidade com os direitos individuais, mas não podem deixar ou recusar sua aplicação nem modificar ou modular sua aplicação, simplesmente porque direitos seriam violados. A lei não é declarada inválida ou inconstitucional nem é retirada automaticamente do ordenamento jurídico. Nesse tipo, há uma espécie de recomendação ou diálogo entre os poderes, de forma que o Parlamento possa agir e corrigir os vícios eventualmente existentes. Esse tipo de sistema, com suas particularidades, é encontrado na Nova Zelândia, no Canadá e na Inglaterra (WALDRON, 2006, p. 1.355).²⁷

O referido jurista está preocupado com a formulação de uma teoria normativa da legislação para criticar ou corrigir as extravagâncias causadas pelas posturas dos legisladores,

²⁴ Sobre o tema, merecem destaque as pesquisas coordenadas pelo prof. José Ribas Vieira, da UFRJ e da PUC-RJ. Vide a obra *Teoria constitucional americana contemporânea*, organizada por ele, cujos textos resumem diversas teorias críticas ao *judicial review*, elaboradas por distintos professores americanos.

²⁵ Segundo o professor português Jorge Reis Novais (2012, p. 149), “Jeremy Waldron elaborou e vem sustentando nos últimos anos a mais poderosa e bem fundamentada contestação à jurisdição constitucional, mas também à própria ideia de constitucionalização dos direitos”.

²⁶ “In Part I, I will define the target of my argument—strong judicial review of legislation—and distinguish it from other practices that it is not my intention to attack.” (WALDRON, 2006, p. 1.353). “There are a variety of practices all over the world that could be grouped under the general heading of judicial review of legislation. They may be distinguished along several dimensions. The most important difference is between what I shall call strong judicial review and weak judicial review. **My target is strong judicial review.**” (WALDRON, 2006, p. 1.354).

²⁷ Sobre a experiência canadense e sobre a cláusula *notwithstanding*, conferir MENDES, 2011, p. 148-149.

bem como para fazer frente à teoria que justifica o *judicial review*. Segundo Waldron (2003, p. 1), “ninguém parece ter percebido a necessidade de uma teoria ou de um tipo ideal que faça pela legislação o que o juiz-modelo de Ronald Dworkin, ‘Hércules’, pretende fazer pelo raciocínio adjudicatório”.

Waldron critica, assim, o retrato idealizado do julgador e o de má fama imputado ao legislador e delineado pelas teorias favoráveis ao *judicial review* e busca resgatar a dignidade da legislação. Para tanto, ele levanta a seguinte questão: todos nós, mesmo de boa-fé, em algum momento discordamos sobre qual é o conteúdo de um direito, bem como sobre quais direitos temos.²⁸ Em uma sociedade plural como a nossa, a discordância é inevitável, sendo difícil identificar quem está certo e quem está errado. E “desacordo não é mero detalhe que possa ser sanado por deliberação racional qualificada” (MENDES, 2008, p. 81). Afinal, o indivíduo não tem um direito só porque diz que tem. Qualquer derrota no parlamento não significa que a minoria está sendo “tiranizada”. De outro lado, mesmo que algum direito possa ser violado pela maioria, disso não decorre, necessariamente, que a única maneira de evitar essa violação seja controlando a vontade da maioria por meio do *judicial review*.²⁹

Deixar determinada concepção de direitos superar outra defendida razoavelmente por outros membros da população pode não significar uma violação ao direito da minoria, mas o desrespeito ao direito de autodeterminação da maioria. Em síntese, se o desacordo é algo existente e facilmente constatado e sendo este fruto de uma deliberação sincera (vista na sua melhor luz, tal qual os juízes), indaga-se por qual motivo deveria prevalecer a posição do Poder Judiciário (formado por pessoas não eleitas) e não a do Parlamento?

Essa indagação deve ser compreendida sob a perspectiva de proteção da democracia, tema importante na teoria de Waldron. Para José Guilherme Bernan:

Ao assegurar que as respostas às questões sobre direitos sejam dadas por mecanismos democráticos e não por um Judiciário não eleito, não se assegura que a resposta alcançada

²⁸ “Somos muitos, e discordamos a respeito da justiça. A maneira como pensamos sobre tal discordância determinará a maneira como pensamos sobre a política. E, como o direito é fruto da política, a maneira como pensamos sobre essa discordância determinará, em certa medida, a maneira como pensamos o direito positivo.” (WALDRON, 2003, p. 43). A versão original (em inglês) do livro foi publicada em 1999. Anos depois, Waldron voltou ao tema: “My final and crucial assumption is that the consensus about rights is not exempt from the incidence of general disagreement about all major political issues, which we find in modern liberal societies. So I assume that there is substantial dissensus as to what rights there are and what they amount to” (2006, p. 1.361).

²⁹ “Diante da multiplicidade de visões sobre o que a justiça exige e sobre quais direitos nós possuímos, devemos perguntar quem deverá decidir tais questões e mediante quais procedimentos. Uma das respostas possíveis, embora não a única, é decidir através da democracia majoritária.” (BERNAN, 2012, p. 104-105). Conferir também WALDRON, 2006, p. 1.395-1.401.

será a mais correta (e nem poderia, em face do desacordo existente). Em contrapartida, qualquer resposta fornecida por outros mecanismos (ainda que materialmente mais correta) padecerá de um vício grave, por não respeitar as capacidades morais e políticas dos cidadãos. (BERNAN, 2012, p. 107).

Waldron (2006, p. 1.346), em um ensaio denominado “The core of the case against judicial review”, enuncia que a crítica à revisão judicial baseia-se em dois argumentos centrais: (a) não existe nenhuma razão para supor que os direitos estariam mais bem protegidos pelo exercício do *judicial review* do que por legislaturas democráticas; e (b) apesar dos resultados que o *judicial review* possa gerar, sob o ponto de vista da democracia ele é ilegítimo. O que ele pretende identificar como argumento central da sua crítica à revisão judicial da legislação “é que ele é independente de suas manifestações históricas e questões sobre seus efeitos particulares – as decisões (boas ou más) que ele tenha produzido, as deficiências ou afirmações que ele tenha transmitido” (WALDRON, 2006, p. 1.351).³⁰

Enfim, como bem sintetizam Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki (2012, p. 64-65), a análise feita por Jeremy Waldron não está centrada em decisões particulares obtidas dentro de um sistema político e também não se prende ao contexto histórico que deu origem ao instituto. Sua crítica é às *justificativas tradicionais* dadas ao *judicial review*. Assim, como sua teoria é construída sem considerar as particularidades da tradição histórica e jurídica americana, seu estudo, no contexto brasileiro, possui relevância.

Waldron deixa claro que suas indagações e os desacordos entre as partes partem do pressuposto de que os debates são *sinceros*, feitos de boa-fé, e não representam simples interesses (pessoais ou corporativos).³¹ Por isso, a crítica feita por Waldron ao controle judicial da legislação não é absoluto ou incondicional. Há premissas e condições, incluindo uma importante para o contexto brasileiro, qual seja, que a “sociedade em questão tenha instituições democráticas em bom funcionamento e que a grande maioria dos cidadãos

³⁰ “What I want to do is identify a core argument against judicial review that is independent of both its historical manifestations and questions about its particular effects—the decisions (good and bad) that it has yielded, the heartbreaks and affirmations it has handed down. I want to focus on aspects of the case against judicial review that stand apart from arguments about the way judges exercise their powers and the spirit (deferential or activist) in which they approach the legislation brought before them for their approval.” (WALDRON, 2006, p. 1.351).

³¹ Segundo Conrado Hübner Mendes, “o engano mais comum, segundo Waldron, sobre a autoridade legislativa ilimitada é aquele que afirma que minorias sofrerão opressão da maioria. Quando os votos das diferentes facções representam nada mais que interesses particulares, esse risco existiria. Nessa suposição, permitir que a maioria prevaleça é permitir que os interesses da minoria sejam sacrificados. Todavia, se assumimos que os membros da sociedade estão enfrentando, de boa-fé, questões controversas sobre direitos, a relação entre maioria e minoria passa a ser diferente” (MENDES, 2008, p. 84).

levem os direitos a sério, mesmo que discordem sobre quais direitos eles tem” (WALDRON, 2006, p. 1.346).³²

Para Waldron, são quatro os pressupostos necessários para legitimar a crítica ao *judicial review*: instituições democráticas funcionando bem, incluindo uma legislatura representativa eleita pelo voto; um corpo de instituições judiciais, não eleitas e também em bom funcionamento; o compromisso sincero de parte dos membros da sociedade com a ideia de direitos; um persistente e substancial desacordo de boa-fé sobre direitos.³³ Como bem esclarece Hübner Mendes (2011, p. 91), “os dois primeiros, portanto, envolvem condições institucionais. Os dois últimos, culturais”. A ausência de um desses pressupostos invalida a argumentação por ele desenvolvida, mas não legitima, automaticamente, o controle jurisdicional *forte* da legislação.³⁴ Hübner Mendes (2011, p. 91) e José Guilherme Bernan (2012, p. 119) também fazem essa leitura. Voltaremos a esse tema no tópico seguinte, ao falarmos da PEC n. 33/2011.

E em se tratando de questões morais, não há justificativa para dizer que os juízes são melhores que os cidadãos. Em outras palavras, não há razão para supor que os direitos estarão mais bem protegidos pelos Tribunais do que pelo Parlamento. Ambos decidem por maioria³⁵ e ambos acertam e falham³⁶.

³² “However, the case against judicial review is not absolute or unconditional. In this Essay, it is premised on a number of conditions, including that the society in question has good working democratic institutions and that most of its citizens take rights seriously (even if they may disagree about what rights they have).” (WALDRON, 2006, p. 1.346).

³³ “We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights.” (WALDRON, 2006, p. 1.360).

³⁴ “In cases in which the assumptions fail, the argument against judicial review presented in this Essay does not go through. As I emphasized in Part II, my argument is a conditional one. However, it does not follow that judicial review of legislation is defensible whenever the assumptions fail. There may be other good arguments against judicial review that are not conditioned on assumptions like mine.” (WALDRON, 2006, p. 1.402).

³⁵ Sobre o princípio da decisão majoritária, conferir: “I have always been intrigued by the fact that courts make their decisions by voting, applying the MD principle to their meager numbers. I know they produce reasons and everything we discussed above. But in the end it comes down to head-counting: five votes defeat four in the U.S. Supreme Court, irrespective of the arguments that the Justices have concocted. If MD is challenged in this context, can we respond to it in roughly the same way that we imagined a response on behalf of legislatures? Actually, no, we cannot” (WALDRON, 2006, p. 1.391).

³⁶ “No decision-procedure will be perfect. Whether it is a process of unreviewable legislation or whether it is a process of judicial review, it will sometimes come to the wrong decision, betraying rights rather than upholding them. This is a fact of life in politics. Everyone must concede that there will sometimes be a

Sendo assim, a escolha pelo Tribunal em vez de pelo Parlamento importaria apenas na *substituição* de um procedimento democrático de decisão (no Parlamento) por outro procedimento antidemocrático ou mais “elitista” (o da jurisdição constitucional), no qual nada se ganha em termos de garantia de obtenção de um bom resultado, mas se perde em termos de garantia do direito de todos a uma participação igualitária na tomada de decisões políticas (NOVAIS, 2012, p. 151).

Logo, sendo o desacordo inevitável e como os cidadãos possuem o direito de se manifestar nessas situações, para Waldron, a grande pergunta a ser feita é *quem deve decidir* (autoridade) e **não** *o que deve decidir* (conteúdo). José Reis Novais sintetiza bem a ideia central da teoria de Waldron:

De facto, havendo dúvidas sobre o conteúdo e alcance de algo aprovado pelos representantes do Povo e que o Povo adoptou como princípio fundamental, por que razão seria melhor perguntar a um grupo de juizes – que também está dividido sobre a mesma questão e também vai decidir segundo a regra da maioria – em vez de perguntar aos próprios representantes do Povo e só assim assegurando e respeitando o direito de todos à igual participação no processo político decisório da comunidade? (NOVAIS, 2012, p. 151).³⁷

Assim, para Waldron, o Poder Judiciário não será a instância mais adequada para resolver matérias controvertidas acerca de direitos fundamentais.³⁸ É importante salientar, para evitar qualquer mal-entendido, que Waldron *não retoma* a ideia de que democracia estaria apenas relacionada à deliberação da maioria. Ele reconhece que um regime democrático também deve proteger os direitos fundamentais, mas, para ele, uma teoria de direitos deve ser complementada com uma teoria da autoridade competente para tal tarefa.

Um ponto importante merece ser ressaltado. Como bem afirma José Guilherme Bernan (2012, p. 100), “o questionamento de Waldron é voltado para uma forma específica de controle de constitucionalidade das leis: aquele exercido na proteção dos direitos fundamentais”. Realmente, o autor americano assume que os desacordos sobre direitos não são, principalmente, questões de interpretação (em um sentido estritamente legal), algo passível de

dissonance between what they take to be the right choice and what they take to be the choice yielded by the decision-procedure they regard as legitimate.” (WALDRON, 2006, 1.372).

³⁷ O referido autor português, contudo, não concorda com as conclusões de Waldron, mas, diante dos limites e objetivos deste trabalho, seus argumentos não serão explorados. Vide NOVAIS, 2012, p. 152-181.

³⁸ Excepcional e justificadamente, Waldron admite a intervenção do Poder Judiciário nos casos que ele denomina *patológicos*, ou seja, em situações em que falta algum dos quatro pressupostos necessários para o argumento central contra o *judicial review*. Sobre o tema, conferir WALDRON (2006, p. 1.401-1406) e MENDES (2011, p. 90-91).

ser compreendido, no contexto brasileiro, como questões que demandam apenas a análise formal do texto constitucional, em que se adotam os postulados gerais de hermenêutica constitucional.³⁹

Esses desacordos podem até se apresentar inicialmente como uma questão de interpretação, mas eles criam questões de considerável relevância para a comunidade política. São questões de capital importância e com desdobramentos para a vida das pessoas e que não são estranhas à comunidade na qual elas aparecem.

Elas definem as principais escolhas que qualquer sociedade moderna deve enfrentar, escolhas que são razoavelmente compreendidas dentro de um contexto em que há um debate moral e político, escolhas que são prioridades nos desacordos moral e político de muitas sociedades. (WALDRON, 2006, p. 1.367).⁴⁰

Isso quer dizer que os conflitos resolvidos pelo STF em sede de controle de constitucionalidade sobre vários temas (mesmo que relevantes) não estariam inseridos na problemática levantada por Waldron. Assim, as discussões ligadas, por exemplo, (1) ao serviço público (como acumulação de cargos, estabilidade, tributação dos proventos de aposentadoria, perda de cargo, etc.); (2) a conflito de competência legislativa (se determinada lei do município invade a competência legislativa da União em matéria de transporte ou meio ambiente); (3) à tributação da importação via ICMS e IPI; e (4) a algumas regras sobre orçamento, envolvem temas que *não divergem* dos reais desacordos existentes na sociedade, ao contrário de questões sensíveis e discutidas no cenário brasileiro como o aborto, as ações afirmativas, as pesquisas com células-tronco, os limites de investigações policiais e do uso de provas obtidas sem consentimento do interessado e o reconhecimento do casamento homoafetivo.⁴¹

³⁹ Imagina-se, por exemplo, questões que envolvam o debate sobre a necessidade ou não de lei complementar para tratar de determinada matéria.

⁴⁰ “I assume that the rights-disagreements are mostly not issues of interpretation in a narrow legalistic sense. They may present themselves in the first instance as issues of interpretation, but they raise questions of considerable practical moment for the political community. They are major issues of political philosophy with significant ramifications for the lives of many people. Moreover, I assume that they are not idiosyncratic to the society in which they arise. They define major choices that any modern society must face, choices that are reasonably well understood in the context of existing moral and political debates, choices that are focal points of moral and political disagreement in many societies.” (WALDRON, 2006, p. 1.367).

⁴¹ Os exemplos dados por Waldron são similares: “Examples spring quickly to mind: abortion, affirmative action, the legitimacy of government redistribution or interference in the marketplace, the rights of criminal suspects, the precise meaning of religious toleration, minority cultural rights, the regulation of speech and spending in electoral campaigns, and so on. As these examples suggest, disagreements about rights are often about central applications, not just marginal applications.” (WALDRON, 2006, p. 1.367).

Essa diferenciação é importante para o panorama brasileiro, pois, ao contrário do contexto jurídico e político americano, a Constituição brasileira é analítica e regula um número vasto de questões, motivo pelo qual um número indeterminado de temas passa ao largo de qualquer desacordo sobre questões morais. Dessa forma, nesses casos, a decisão proferida pelo STF não será tão ameaçadora à democracia como nas outras hipóteses indicadas acima.

As ideias de Waldron possuem relevância no debate brasileiro, por dois motivos: (a) primeiramente, o autor traz bons argumentos contra a “sabedoria convencional” e irrefletida sobre o controle judicial de constitucionalidade das leis; (b) em segundo lugar, esse autor foi invocado nas razões apresentadas pelo deputado Nazareno Fonteles como argumento de autoridade para amparar sua pretensão. Nota-se que tal autor, apesar de desconhecido no cenário cotidiano do Direito Constitucional brasileiro, foi trazido por um parlamentar para justificar a alteração do sistema de controle de constitucionalidade exercido pelo STF. Tal tema será visto no tópico seguinte.

3 A PEC N. 33/2011: PROPOSTA ABSURDA, ADEQUADA OU BENÉFICA?

No começo da justificção ao projeto de emenda constitucional, o deputado Nazareno Fonteles inicia com um discurso usual e cotidiano contra o *ativismo judicial*. O parlamentar até compreende e aceita a *judicialização das relações sociais*, mas ataca firmemente práticas do STF que, na sua visão, “vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador” (BRASIL, 2011, p. 3).

Para ilustrar, ele cita casos decididos pelo Tribunal como o da fidelidade partidária, no qual o STF ratificou o entendimento contido em uma Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a respeito de uma hipótese de perda de mandato. Enumera também a edição da Súmula Vinculante n. 12 (nepotismo), feita após a conclusão de um único caso. Por fim, ele menciona a análise feita pelo STF sobre a Emenda Constitucional n. 56/2002, emenda esta editada em resposta a uma decisão do STF sobre a controversa verticalização das coligações partidárias, estabelecida por Resolução do TSE. Para o deputado, “esse caso é um verdadeiro paradigma do ativismo e da insegurança jurídica fundamentados no poder regulamentar de que dispõe a Justiça Eleitoral para tão somente administrar eleições” (BRASIL, 2011, p. 4). E, para o autor do referido projeto, hipóteses de ativismo são várias e fáceis de encontrar, o difícil é “mencionar exemplos de autocontenção de nossa Corte Suprema” (BRASIL, 2011, p. 4). E, ao final, ele afirma que o STF vem se tornando um *superlegislativo*.

Correta ou não, nota-se que as críticas feitas se dirigem a casos que envolvem diretamente o Poder Legislativo e os próprios interesses dos parlamentares. Apenas em um momento, após tecer várias críticas ao ativismo do STF, a proposta menciona que a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando para o Tribunal vários debates acerca de questões relevantes para o Legislativo, como o tema das ações afirmativas e o das células-tronco.

Dessa forma, apesar de o parlamentar reconhecer “as deficiências do Poder Legislativo, que tem passado por várias crises de credibilidade”, afirma que é necessário resgatar o “valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes”, que estão sendo ameaçadas pela postura ativista do STF. E finaliza: “restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo central da presente proposição” (BRASIL, 2011, p. 4-6).

Por isso, ele propõe o aumento do *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade – de maioria absoluta (seis) para quatro quintos (nove), no caso do STF. Ainda quanto à súmula vinculante (que, segundo o parlamentar, vem sendo utilizada pelo STF como um “cheque em branco”), a proposta também aumenta para quatro quintos de seus membros (nove ministros, portanto) o *quorum* para aprovação da referida súmula. Além disso, a proposta condiciona o efeito vinculante da súmula aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública à prévia aprovação por maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional. Caso não haja deliberação no prazo de noventa dias, contados a partir do recebimento do processo, haverá a aprovação tácita da súmula. Caso seja rejeitada, ela será considerada um simples enunciado jurisprudencial (“súmula ordinária”, segundo o texto da proposta) no rol dos já existentes no STF.

Por fim, a proposição possui um procedimento especial em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de *emenda constitucional*. Na sugestão feita, a decisão do STF não teria efeito vinculante e eficácia *erga omnes* automaticamente, mas apenas *após* apreciação do Congresso Nacional, que poderia ratificar ou rejeitar a decisão do STF. Sendo rejeitada a decisão do STF (ou seja, mantendo o Parlamento a posição por ele defendida na emenda), o povo seria automaticamente convocado para opinar sobre o assunto.

Quanto a essa última alteração, nota-se na justificativa à PEC a insatisfação do parlamentar (que não é isolada) com a posição capitaneada pelo ministro Gilmar Mendes de ser desnecessária a edição de Resolução do Senado Federal (art. 52, X, CF/88) para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade.⁴²

Verifica-se, mais uma vez, a presença de fundamentos que mostram a conflituosa relação entre os poderes, levando o Congresso Nacional, em razão de decisões tomadas pela

⁴² Também denominada na doutrina de *mutação constitucional*. Esse tema é objeto da Reclamação (RCL) 4335, cujo julgamento foi iniciado em fevereiro de 2007 e ainda não foi finalizado. Seu julgamento foi interrompido na sessão do dia 16 de maio de 2013 em razão de um pedido de vista do ministro Teori Zavascki. Nessa ação, o Plenário do Supremo analisará se a decisão proferida pela Corte no Habeas Corpus (HC) 82559 – quanto à inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/90 (impossibilidade de progressão de regime em crimes hediondos) – tem eficácia *erga omnes* independentemente ou não do cumprimento de dispositivo constitucional (art. 52, inciso X) que confere ao Senado competência privativa para suspender a execução no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo. Até agora,

Corte Suprema e qualificadas como *ativistas* pelo parlamentar, a propor formas de *contenção forçada* do STF no exercício do controle de constitucionalidade das leis.

Nesse ponto, o parlamentar questiona o *monopólio do Judiciário* em dizer a última palavra sobre a Constituição. Para tanto, ele invoca justamente a posição de Jeremy Waldron, no sentido de que

os tribunais também tomariam decisões baseadas em regras de maioria, sendo, portanto, tão arbitrárias (no sentido de imprevisíveis) quanto aquelas determinadas pelo Legislativo, não possuindo as qualidades decorrentes da legitimidade democrática. (BRASIL, 2011, p. 12).

Além disso, o deputado lança mão da teoria *fraca* (*weak*) do controle de constitucionalidade das leis, mencionando, inclusive, o sistema canadense. Por fim, buscando mais uma vez conter o *ativismo judicial*, a proposta enuncia que a “anomalia precisa ser corrigida por mecanismos que fomentem o diálogo institucional entre os Poderes” (BRASIL, 2011, p. 13).

Pois bem, feita a síntese da proposta parlamentar e diante das ideias lançadas de Waldron, indaga-se: a referida PEC n. 33/2011 realmente seria *absurda* e importaria em *rasgar a Constituição*, tal qual afirmado pelo ministro Gilmar Mendes? Certamente que *não*.

Se as ideias de Waldron são passíveis de contestação, pois acabam por apenas substituir a autoridade institucional a proclamar a *última palavra a respeito da Constituição*, suas críticas ao “senso tradicional” prestigiado na teoria constitucional atestam que a justificativa tradicional ao *judicial review* não se sustenta como se crê normalmente.

Por outro lado, as ideias difundidas por Hübner Mendes – que não idealiza nem o Poder Judiciário nem o Poder Legislativo⁴³ – atestam que *não há um único meio ou modo de ser exercido o controle de constitucionalidade das leis*. O olhar tradicional acaba por superestimar o papel do STF, colocando-o em uma posição além de sua função institucional. Isso é ruim para

o “placar” está 3 votos (Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski) contrários à reclamação e 2 (Gilmar Mendes e Eros Grau) favoráveis ao entendimento mais “ativista”. Ou seja, por enquanto prevalece a corrente tradicional que entende ser necessária a resolução do Senado para conferir o mencionado efeito contra todos. Conferir o boletim *Notícias STF* de 16 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=238713&caixaBusca=N>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

⁴³ É importante dizer que Conrado Hübner Mendes não aceita completamente as posições defendidas por Waldron. Em oportunidades distintas, ele confirma essa assertiva: “O livro anterior formulou, portanto, um argumento negativo contra uma forma tradicional de se pensar a revisão judicial. Não somou a isso um argumento positivo a favor do legislador, dedução equivocada que eventualmente se faz em face de objeções contra a revisão judicial” (MENDES, 2011, p. 23); “O argumento que procuro defender não necessariamente idealiza o Parlamento, nem insiste num conceito purista de democracia representativa que vê no legislador a mais genuína encarnação da ‘soberania popular’ ou da ‘vontade do povo’. Quero apenas ‘desidealizar’ o Tribunal e insurgir-me contra um discurso que mistifica o controle de constitucionalidade” (MENDES, 2008, p. 193).

a sociedade, pois seus membros passam a apostar todas as suas “fichas” no Tribunal, desconsiderando a responsabilidade que os outros poderes também possuem no cumprimento da Constituição.⁴⁴ Por isso, soa correta a advertência feita por Hübner Mendes no sentido de que:

Outros atores políticos, nesse cenário, vão testando impunemente os seus limites. Nenhuma condenação moral recai sobre eles por eventual violação da constituição. Afinal, não teriam a responsabilidade de promover os valores constitucionais, mas apenas de tomar decisões políticas ordinárias. Deferem, comodamente, o escrutínio constitucional ao tribunal e abdicam da tarefa de formular um argumento constitucional consistente e sincero.

Difícilmente alguém verbaliza tal posição nesses termos. Nenhum livro de direito constitucional diz que os poderes têm carta branca para violar a constituição e que podemos nos tranquilizar pois, em última instância, o tribunal recomporá a ordem político-constitucional. Eventualmente, até mencionam o papel dos outros poderes. Na prática, porém, as implicações de certas ênfases no papel messiânico do tribunal continuam a produzir uma cultura jurídica centrada nas cortes judiciais e excessivamente apegada ao “guardião da constituição”. Tal distorção empobrece a experiência democrática. (MENDES, 2011, p. 23).

Assim, há outras formas também legítimas de se vislumbrar o controle de constitucionalidade, mas que diminuem a autoridade do STF em busca de uma melhoria no *grau de democracia* de determinada sociedade. Entre elas está a forma *fraca* do *judicial review*, mencionada tanto por Waldron como por Hübner Mendes e aduzida na proposta de emenda. Por isso, restabelecer novos *quoruns* tanto para a declaração de inconstitucionalidade como para a edição de súmulas vinculantes, além da necessidade de sua ratificação pelo Congresso para atribuir à decisão do STF efeitos *erga omnes*, bem como a necessidade de eventual consulta popular para opinar sobre alguma decisão do STF, *não* são propostas absurdas.

Mas, mesmo não sendo absurda, a PEC n. 33/2011 seria *adequada*? A resposta seria *não*. Para tanto, temos de analisar dois pontos: primeiramente, o teor da proposta e as justificativas feitas. Em segundo lugar, o momento histórico e institucional dos poderes, em especial o do Poder Legislativo brasileiro.

Quanto ao teor da proposta, o ponto mais problemático é certamente a alteração do *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade, passando de maioria absoluta para quatro quintos dos membros.

Esperar que nove ministros julguem em determinado sentido é exigir praticamente a unanimidade. É uma mudança tremenda nesse instituto, tendo em vista o contexto em que

⁴⁴ Nesse sentido, conferir BERNAN, 2012, p. 126.

vivemos, pois teríamos um controle de constitucionalidade bem fraco e que poderia prejudicar o próprio debate interinstitucional. Em um exame de adequabilidade, é possível cogitar que o *quorum* estabelecido na PEC não seja realmente válido, especialmente quando consideramos que há diversos temas apreciados pelo STF que *não envolvem dissensos morais*. Analogicamente, se o Parlamento decide por maioria, por que o STF deve seguir regra distinta?

Entretanto, apenas a título de argumentação, entendendo-se como inválido o *quorum* de quatro quintos, seria possível estabelecer outro parâmetro, diverso da regra da maioria, para a declaração de inconstitucionalidade (voto de dois terços dos membros, por exemplo)? Nesse ponto, acreditamos que a cláusula aberta “tendente a abolir a separação dos poderes” não impede a alteração do *quorum*, exigindo-se, no caso do STF, sete ou oito votos para que se declare a inconstitucionalidade da lei. Todavia, uma proposta como essa não pode ser feita sem uma ampla deliberação prévia entre todos os atores políticos envolvidos, bem como com a sociedade. O tema é bastante sensível para ser decidido em sede de “gabinete”.

As justificativas dadas na proposição da PEC também não ajudam no debate. Baseiam-se em argumentos mais superficiais e ligeiros. Elas insistem bastante no alegado *ativismo*, mas, como visto, a questão do debate sobre a autoridade hábil para exercer o controle de constitucionalidade é muito mais ampla que a discussão existente sobre os *limites* ao exercício do poder jurisdicional conferido pela Constituição ao STF.

E, como já dito, nas justificativas o deputado dá ênfase a decisões judiciais que dizem respeito a questões de interesse direto dos parlamentares. Mesmo que tais temas sejam de interesse também da sociedade, é certo que ele não cita, de forma enfática, nenhum precedente que envolva direitos fundamentais e que o direito da maioria teria sido violado por uma decisão “extravagante” e além dos limites do texto constitucional. Diz apenas que o STF tem analisado questões importantes do Poder Judiciário.

Além disso, as justificativas postas na PEC invocam rapidamente a teoria de Waldron, que, como já dito, bem elucida os erros dos argumentos convencionais feitos pelos defensores do *judicial review*. Todavia, o referido professor deixa claro que sua argumentação contra a revisão judicial *depende de instituições democráticas em bom funcionamento* (primeiro pressuposto). Waldron deixa bem evidente que a ausência desse requisito não legitima, automaticamente, o controle *forte* da constitucionalidade das leis, mas aduz que, em situações excepcionais, ele pode ser necessário, mesmo com algum custo para a democracia.⁴⁵

⁴⁵ “Maybe there are circumstances—peculiar pathologies, dysfunctional legislative institutions, corrupt political cultures, legacies of racism and other forms of endemic prejudice—in which these costs of obfuscation and disenfranchisement are worth bearing for the time being. But defenders of judicial review ought to start making their claims for the practice frankly on that basis—and make it with a degree of humility and shame in regard to the circumstances that elicit it—rather than preaching it abroad as the epitome of respect for rights and as a normal and normatively desirable element of modern constitutional democracy.” (WALDRON, 2006, p. 1.406).

Para tanto, como bem elucida Hübner Mendes, a revisão judicial de situações “atípicas” ou “patológicas” pode ser aceitável “desde que se demonstre que a corte, em comparação à alternativa parlamentar, protegerá direitos de modo mais eficaz” (MENDES, 2011, p. 90).

Nesse ponto, pois condizente ao contexto atual brasileiro, merece ser destacada uma posição de Waldron sobre o tema das “patologias”. No ensaio escrito em 2006, o professor americano cita trecho de autoria de Joseph Raz no qual se afirma que em diversos países (ele não menciona quais) há amplas razões para se suspeitar que os parlamentares são movidos por interesses partidários de tal proporção que eles nem devem se dar ao trabalho de estabelecer quais direitos as pessoas possuem.⁴⁶

Waldron, apesar de ser descrente da superioridade dos juízes (que podem, segundo ele, agir nos mesmos moldes dos parlamentares), reconhece que, em se tratando do parlamento, ações partidárias e apressadas por parte dos parlamentares não fazem parte de uma teoria normal sobre as funções do Poder Legislativo. Esse tipo de atividade parlamentar enfraquece o argumento central sobre a autoridade do Poder Legislativo no papel decisório.⁴⁷

Esse raciocínio se molda ao debate brasileiro, pois nosso Legislativo (em todas as esferas) padece, ultimamente, de grave déficit de legitimidade e representatividade. As manifestações e passeatas realizadas em junho de 2013 em diversas capitais e cidades do Brasil, das quais participaram milhares de pessoas, reivindicando melhorias e incrementos nas políticas públicas, são um retrato do atual contexto social que, certamente, reflete de modo negativo no debate da PEC n. 33/2011.⁴⁸ Sobre o tema, merece destaque uma conclusão feita por José Guilherme Bernan (autor que, por coincidência, é mencionado no texto da PEC) a respeito da obra de Waldron e sua aplicação no Brasil:

⁴⁶ “[...] [i]n many countries there are ample reasons to suspect that members of the legislature are moved by sectarian interests to such a degree that they are not likely even to attempt to establish what rights (some) people have. . . . We may know that certain factors are likely to cloud people’s judgments. They may be, for example, liable to be biased in their own interest. We may therefore prefer a procedure in which those charged with a decision are not affected, or not directly affected, by their own decision. There are other factors known to bias judgment, and their nature and presence can be established even without knowledge of the content of the rights concerned.” (Apud WALDRON, 2006, p. 1.385-1.386).

⁴⁷ “In the case of legislatures, however, hasty or sectarian legislating is not part of the normal theory of what legislatures are set up to do. It is not what we should assume for the core case of legislative decisionmaking in a society most of whose members respect rights. There may be some countries—perhaps the United States—in which peculiar legislative pathologies have developed. If that is so, then Americans should confine their non-core argument for judicial review to their own exceptional circumstances.” (WALDRON, 2006, p. 1.386).

⁴⁸ Tal fato foi noticiado em todo o Brasil, com ampla cobertura jornalística, bem como noticiado no exterior. Não se via movimento como esse desde as passeatas dos “caras-pintadas” (*impeachment* do presidente Collor de Mello), ocorrido vinte anos atrás.

[...] parece que nossas instituições dificilmente preencheriam as condições estabelecidas por Waldron para que o seu argumento contra o Judiciário seja coerente. O ponto mais problemático parece ser o funcionamento das instituições democráticas, que encontram sérias dificuldades de representar de maneira legítima os interesses da sociedade e de adotar uma postura comprometida com o respeito a direitos fundamentais. (BERNAN, 2012, p. 126).

Por fim, merece destaque a crítica feita por Hübner Mendes à obra de Waldron, pois este despreza a complexidade parlamentar, sintetizando o Congresso como um conjunto de representantes que decidem por maioria. Questões como “comitês, hierarquia partidária, poder de agenda” parecem ser meros detalhes para Waldron. Todavia, utilizando uma expressão de Hübner Mendes, há uma série de “constrangimentos institucionais” no Congresso que não podem ser desprezados. Os arranjos e acordos tabulados entre os poderes Executivo e Legislativo, mesmo de duvidosa legitimidade, fazem parte das regras do jogo político e certamente afetam o desempenho das instituições.⁴⁹ Assim, a realidade das estruturas institucionais não pode ser totalmente descartada (MENDES, 2011, p. 86).⁵⁰

De qualquer forma, mesmo sendo *inadequada*, a PEC n. 33/2011 traria algum benefício ao contexto jurídico e político que vivemos? Certamente que *sim*, mas para a *sociedade*.

A referida proposta traz a oportunidade de se discutir o papel do STF dentro de uma concepção mais moderna de separação de poderes e de se pensar novos arranjos institucionais em benefício da democracia, justificando o controle de constitucionalidade de uma forma menos ambiciosa.

Por outro lado, ela menciona teorias que não são usuais no cenário constitucional brasileiro, mas que servem para denunciar um erro e desfazer um mito muito bem construído sobre o monopólio do STF no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (“guardião da Constituição”), com a prerrogativa de *errar por último*.

Desfazer esse mito não transforma o STF em um órgão à mercê do legislador. Nem os oponentes ao *judicial review* aqui estudados têm essa pretensão. O que esses autores demonstram é que o Poder Judiciário não tem exclusividade na análise dos argumentos de princípio (o “fórum de princípio” de Dworkin). O Poder Legislativo também possui essa função e competência para o seu exercício, devendo os parlamentares serem cobrados pela sociedade por isso.⁵¹

⁴⁹ Como exemplo, merece destaque a manchete estampada na primeira página do jornal *Folha de S.Paulo* de 14 de maio de 2013, na qual o governo federal negociou liberar um bilhão de reais para projetos de deputados em troca da aprovação da medida provisória dos portos.

⁵⁰ Deve-se lembrar a seguinte afirmativa de Konrad Hesse (1991, p. 24): “a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade”.

⁵¹ Também nesse sentido, MENDES, 2008, p. XXVI- XXVII e 192-193.

Assim, a discussão sobre a PEC n. 33/2011 é benéfica à sociedade na medida em que impõe aos parlamentares a adequada responsabilidade pelo cumprimento do texto constitucional. Afinal, trata-se de um arranjo mais sofisticado e que envolve os poderes (especialmente o Judiciário e o Legislativo) e os membros da sociedade.

Por isso, Hübner Mendes defende a necessidade de haver um *diálogo interinstitucional* entre os poderes, algo mencionado, mas pouco explorado na justificativa dada na proposta de emenda, não se sabendo se foi lançado apenas como argumento de retórica. Essa “terceira via” discutida por teóricos americanos aprimora o debate e possibilita, quem sabe, um aumento de *grau* na democracia brasileira. Segundo esse autor:

O terceiro tipo de resposta (Capítulo IV) é dado por “teorias do diálogo institucional”. Basicamente, essas teorias defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos históricos, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para os dilemas coletivos. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas. (MENDES, 2011, p. 31).

A teoria do diálogo retira a força do argumento usual de que o STF possui o monopólio da interpretação constitucional e é o detentor da *última palavra*. O Poder Judiciário é, sim, um ator político relevante, que pode elevar a discussão sobre direitos, catalisar as discussões, combater a inércia e a omissão legislativa, mas está longe de finalizar um debate ou de representar a última voz. Suas decisões geram, sempre, consequências institucionais, que podem ser incorporadas pelos demais poderes ou iniciar mudanças legislativas, adaptadas à decisão proferida pela Corte.⁵² Hübner Mendes, com apoio em Barry Friedman, consigna que, enquanto houver desacordo, a deliberação persistirá, com grupos contestando a decisão, que poderá, inclusive, ser modificada posteriormente. O fator “tempo”, muitas vezes, é importante para “maturar” o entendimento sobre a controvérsia.⁵³

⁵² Em matéria tributária isso é frequente. Basta lembrar as Emendas Constitucionais editadas para alterar o texto constitucional e prever, por exemplo, a possibilidade de tributação via ICMS das importações realizadas por qualquer pessoa (EC n. 33/2001), bem como a que criou a competência tributária para os municípios e o Distrito Federal instituírem a contribuição ao custeio do serviço de iluminação pública (EC n. 42/2003). Ainda, deve-se lembrar o debate sobre a cobrança de contribuição previdenciária sobre os inativos, decorrente da EC n. 41/2003. Todas essas emendas foram editadas em razão de decisões prévias do STF.

⁵³ Basta lembrarmos a evolução do entendimento do STF sobre o cabimento do mandado de injunção. Sobre o tema, vide MENDES, 2011, p. 226-228.

Deve-se esclarecer que o direito possui a pretensão de conferir segurança e estabilidade às relações humanas. Partindo-se de uma análise estritamente jurídica, decidido um caso concreto, a decisão proferida pelo STF será o seu ponto final. Mas, quanto ao tema envolvido, a última palavra é *transitória ou provisória*. Não é definitiva, pois o tema continua sendo debatido pela comunidade política, que poderá, inclusive, reabrir a discussão judicial sobre a questão. Hübner Mendes explica que essa resposta provisória ocorre apenas em uma “rodada procedimental”, com possibilidade de novas rodadas e debates.⁵⁴ Isso poderá ter algum “custo democrático”, mas há outros valores necessários a serem garantidos na sociedade.

Essa teoria não é totalmente desconhecida do STF. Em recente voto proferido pelo ministro Luiz Fux, ao votar no MS n. 32.033 (julgamento em 19 de junho de 2013), este entendeu que a pretensão de se declarar inconstitucional um projeto de lei complementar interferiria demasiadamente na competência do Poder Legislativo, que, em certos casos, merece deferência. O trecho desse voto deve ser destacado em razão de seu caráter inovador junto ao Tribunal:

Ademais, e em segundo lugar, a não suspensão do trâmite do PCL n° 14/2013 se revela uma medida de **respeito e deferência ao Poder Legislativo**. De efeito, um standard de atuação legítimo do Poder Judiciário reside justamente na **manutenção e adequado funcionamento das instituições democráticas**. Assim, como bem adverte John Hart Ely, o Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger direitos e valores diretamente relacionados com o funcionamento da democracia. (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980). Ocorre que, acolher o pedido deduzido pelo Impetrante, de sorte a suspender a tramitação do PLC n° 14/93, **é extinguir o debate. E isso não pode ser tolerado e não é o que se espera de uma Corte Constitucional**. Se, por um lado, é legítimo admitir uma atuação menos contida pelo Poder Judiciário para assegurar os direitos individuais indispensáveis para a participação popular no procedimento democrático de tomada de decisões, por outro lado, **o Poder Judiciário não pode antecipar o desfecho de um debate parlamentar**. É no Parlamento, e não no Poder Judiciário, que as discussões públicas devem ocorrer por excelência. Não se trata de um argumento acaciano, mas, ao revés, de **um postulado ínsito à democracia**, que não pode ser

⁵⁴ “Para que se possam conjugar as matrizes da última palavra e do diálogo, introduzo as noções de ‘última rodada procedimental’ e de ‘última palavra provisória’. Seu significado é simples e autoexplicativo: toda constituição prevê os caminhos para vocalização institucional de projetos coletivos e para a solução de conflitos. Esses caminhos têm um ponto de partida e, após estágios intermediários, alcançam um ponto final. Esse ponto será final, no entanto, somente dentro de uma rodada, que pode ser recomeçada, indefinidamente.” (MENDES, 2011, p. 170).

negligenciado. No caso vertente, não se sabe se o projeto de lei será arquivado, alterado ou aprovado. **A questão deve permanecer em discussão, sob pena de um paternalismo judicial ou, para utilizar uma expressão bastante em voga, uma supremocracia.** Na realidade, tutelar o direito dos parlamentares de oposição, diversamente do que abreviar a discussão, como pretende o Impetrante, é permitir que os debates sejam realizados de forma republicana, transparentes e com os canais de participação abertos a todos os que queiram deles participar. Esse sim é o modelo de atuação legislativa legítima, tal qual concebido por John Hart Ely. Neste ponto, **uma postura de deferência** com relação à declaração de invalidade de proposições legislativas por ofensa às cláusulas pétreas **indica que o Poder Judiciário mantém uma postura dialógica com o Poder Legislativo, não se arvorando como detentor da última palavra em matéria de interpretação constitucional. Em verdade, a Constituição outorga ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sob o prisma formal.** Em uma perspectiva sociológica e da ciência política, todavia, a decisão judicial **apenas fecha uma rodada de deliberações**, ao mesmo tempo que oferece um input aos demais atores políticos (Legislativo, Executivo, sociedade civil etc.) que permanecerão discutindo a questão em novas rodadas procedimentais. Tal como leciona o professor de Direito Constitucional da USP Conrado Hübner Mendes, esta Suprema Corte pode, e deve, de modo proposital e responsável, atuar como um **“catalisador deliberativo”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática em “produzir boas decisões”** (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 212), o que não ocorrerá caso se suspenda a tramitação do PLC ora atacado. Perfilhando similar entendimento, a jurista canadense Christine Bateup preleciona que o uso judicial das virtudes passivas promove o diálogo constitucional por propiciarem aos poderes políticos de governo, em conjunto com a sociedade, a oportunidade de debater e resolver questões constitucionais divisoras por meio de canais democráticos. (BATEUP. Christine. *The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p. 1.132).

Logicamente, a ideia de colaboração não é simples e não se exige constante cordialidade entre os poderes. Como elucida Hübner Mendes (2011, p. 195), os poderes devem se desafiar. Haverá, portanto, desacordos que devem ser enfrentados racionalmente, com razões de melhor qualidade. Todavia, o diálogo deve ser um objetivo constante dos poderes justamente para promover a melhor interpretação do texto constitucional. Mas manter a “última palavra provisória” para o STF foi a opção do constituinte. Mesmo sendo passível de reforma, ainda há um forte contexto social para amparar tal arranjo. Como afirma Hübner Mendes (2011, p. 204), a escolha de quem possui a última palavra provisória

não pode contar com mais do que uma expectativa probabilística do acerto. O eventual “erro” daquele poder que a detém, ademais, não faz essa decisão perder autoridade. Torna, contudo, mais legítimo o desafio do outro poder. Esse é o preço que instituições pagam quando não tomam decisões com justificativas razoáveis e transparentes.

Assim, a edição da PEC n. 33/2011, mesmo não sendo adequada ou oportuna, beneficia o debate político/jurídico e catalisa o diálogo interinstitucional, servindo como uma “tomada de consciência” sobre o papel mais real e menos fantasioso das instituições. Deve-se, portanto, reconhecer que o STF, ao efetuar a revisão judicial, configura um estágio decisório a mais, cujo papel é relevante, mas não é messiânico. Reconhecê-lo como agência de revisão, uma instância qualificada de veto ou como contrapoder soa mais correto do que lhe atribuir a prerrogativa de ser o fórum de princípios, detentor de uma dignidade especial para a proteção e a promoção dos direitos (MENDES, 2008, p. 132-133). Afinal, a justificativa pomposa pautada em uma defesa substantiva do Poder Judiciário não resiste às críticas lançadas por Hübner Mendes.

Não se ignora que há algumas particularidades nas deliberações realizadas no contexto do legislador e no Judiciário. As funções não são as mesmas, justificando a distinção feita por Habermas entre *discurso de fundamentação* e *discurso de aplicação*. Todavia, mesmo que o parlamento possua espaço de conformação maior e esteja inserido em um ambiente em que as regras do jogo permitem alguns arranjos vedados ao Poder Judiciário, ambas as instituições devem buscar dar boas razões às suas propostas. Nesse sentido, tanto Waldron como Dworkin são exigentes com as instituições. Nenhuma delas possui um “cheque em branco”.

CONCLUSÃO

O princípio da separação de poderes está em constante discussão. Os tribunais não estão mais afastados da política. Ao contrário, figuram como atores importantes no cenário jurídico, muito em razão do texto constitucional analítico e das omissões dos poderes Legislativo e Executivo.

Entretanto, os juízes não são melhores nem possuem a exclusividade de proteger os direitos fundamentais e proferir a última palavra sobre interpretação constitucional. Ao contrário, a atual doutrina da ciência política e do direito constitucional mostra que o STF não possui o monopólio da interpretação nem lhe compete, exclusivamente, garantir a supremacia da Constituição. Essa visão superestima o papel da Corte e retira dos demais poderes a respectiva responsabilidade no cumprimento da Constituição. As ideias de Waldron e de Hübner Mendes são suficientemente fortes para corrigir o erro e desfazer o mito que existe por trás de algumas justificativas pomposas sobre o *judicial review*.

A PEC n. 33/2011 busca dar nova configuração ao controle de constitucionalidade das leis e foi alvo imediato de repúdio por alguns ministros do STF. A reação é normal,

mas a justificativa para tanto se baseia em argumentos que remontam à época de Rui Barbosa. Dessa forma, apropriando-se das teorias de Waldron e Hübner Mendes, comprova-se que o referido projeto *não é absurdo*.

Entretanto, mesmo não sendo absurda, a referida proposta é *inadequada* porque veio à tona sem uma justificativa mais robusta e sem um debate prévio mais contundente, em que os atores envolvidos fossem chamados para dialogar. Além disso, ela surgiu em um momento bastante conturbado na sociedade. Esta, cansada da inércia dos poderes Executivo e Legislativo, grita palavras de ordem que sinalizam o alto grau de déficit de representatividade dos parlamentares. Mesmo que a forma procedimental do controle de constitucionalidade não seja fixa, alterá-la para estabelecer uma primazia ou para favorecer o Poder Legislativo exige do parlamento mais comprometimento com a guarda do texto constitucional e respeito com os cidadãos. E para que as legislaturas sejam ouvidas, elas devem buscar se aprimorar.

De qualquer forma, mesmo *inadequada*, a PEC n. 33/2011 não é de todo ruim, sendo possível tirar algum proveito ou benefício dela, pois catalisa um debate adormecido (para não falar desconhecido) em que desfaz alguns mitos e coloca os poderes em seus devidos lugares. Ela faz com que os poderes enxerguem melhor suas funções e, principalmente, suas *responsabilidades*, buscando a promoção de um *diálogo interinstitucional*, no qual haverá apenas uma “última palavra provisória”. Resta, no caso, sabermos se a doutrina, o STF e o parlamento irão aproveitar o momento e enfrentar com mais nitidez e transparência as justificativas e razões que permeiam o debate, de forma a aprimorar as instituições. A democracia brasileira certamente sairá ganhando.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial das políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, p. 59-86, jan.-jun. 2012.

BERNAN, José Guilherme. Direito, desacordo e *judicial review*: um exame da crítica de Jeremy Waldron ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Teoria constitucional norte-americana contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 97-129.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda Constitucional n. 33/2011. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/876817.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Ed. da UnB, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. Direitos fundamentais e democracia. Da tese da complementariedade à tese do conflito. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 200-14, jan.-mar. 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade: leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. *Jurisdição constitucional do processo legislativo: legitimidade, reinterpretação e remodelagem do sistema no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

Leonardo Varella Giannetti

DOUTORANDO EM DIREITO PÚBLICO PELA PONTIFÍCIA
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS (PUC MINAS).

MESTRE EM DIREITO PÚBLICO PELA PUC MINAS.

PROFESSOR DE CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO (ESPECIALIZAÇÃO E
LLM) DO IEC/PUC MINAS.

MEMBRO JULGADOR DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
TRIBUTÁRIOS DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE (CART/BH).

ADVOGADO.

leonardo@carvalhopereira.adv.br