

A proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011 : a (i) legitimidade da revisão legislativa de decisões do Supremo Tribunal Federal

The proposal of Amendment to the Constitution n. 33/2011: a (i) legitimacy of the legislative review of decisions of the Federal Supreme Court

**Gerlaine Tomaz.
José Emílio Medauar Ommati.**

Resumo : Trata-se de análise da Proposta de Emenda à Constituição n. 33 de 2011 que utilizando-se do argumento de que o papel exercido atualmente pelo poder judiciário reflete uma judicialização das relações sociais e um ativismo judicial, colocando em risco a legitimidade democrática, pretende submeter à revisão parlamentar e popular algumas decisões do STF. Para tanto, pretendeu-se discutir a legitimidade da revisão legislativa de decisões do STF, de forma a demonstrar a incompatibilidade de tal proposta com a Constituição Federal de 1988. Ademais intentou-se analisar o papel reservado pela Constituição ao STF, mormente no que tange à tarefa de intérprete final das normas constitucionais, para compreender se aquela fere os princípios da democracia e da separação de poderes e se conduz à supremacia judicial. Assim, baseando-se no pensamento de Ronald Dworkin, na compreensão da democracia enquanto associação de homens livres e iguais, buscou-se demonstrar que um controle judicial de constitucionalidade das leis não leva necessariamente a uma supremacia judicial, ao contrário, é essencial para a supremacia da Constituição. Outrossim, à luz de uma concepção constitucional da democracia, que não se exprime apenas pela regra da maioria, o controle de constitucionalidade realizado pelo STF não é antidemocrático, mas, instrumento de defesa da própria democracia.

Palavras-chave: PEC 33; Democracia; Constituição de 1988.

Abstract : It is an analysis of the Proposal of Amendment to the Constitution n. 33 of 2011 that using the argument that the role currently exercised by the judiciary reflects a judicialization of social relations and judicial activism, putting at risk the democratic legitimacy, intends to submit to the parliamentary and popular review some decisions of the STF. In order to do so, it was intended to discuss the legitimacy of the legislative

review of STF decisions, in order to demonstrate the incompatibility of such proposal with the Federal Constitution of 1988. In addition, it was tried to analyze the role reserved by the Constitution to the STF, especially with regard to the task of the final interpreter of constitutional norms, to understand whether it violates the principles of democracy and separation of powers and leads to judicial supremacy. Thus, based on Ronald Dworkin's thinking, in the understanding of democracy as an association of free and equal men, it was sought to demonstrate that judicial control of constitutionality of laws does not necessarily lead to judicial supremacy, but is essential for supremacy of the Constitution. Also, in the light of a constitutional conception of democracy, which is not only expressed by majority rule, the control of constitutionality carried out by the Supreme Court is not antidemocratic, but an instrument of defense of democracy itself.

Keywords: PEC 33; Democracy; Constitution of 1988.

Sumário: 1- Introdução. 2- A Proposta de Emenda à Constituição n. 33 de 2011. 3- A Teoria dos Diálogos Constitucionais: a negação da supremacia judicial e da supremacia legislativa. 4- Em defesa da jurisdição constitucional tendo em vista a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin. 5- A (i) legitimidade da revisão legislativa de decisões STF. 6- Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar a Proposta de Emenda à Constituição n. 33 de 2011, especificamente, o dispositivo que pretende estabelecer a revisão legislativa de decisões do Supremo, a fim de discutir se tal pretensão é compatível com Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, inicialmente será feita uma explanação sobre a PEC 33, analisando as alterações dos dispositivos constitucionais propostas e os fundamentos para tanto. Verificaremos que a pretensão da Proposta é principalmente estabelecer um diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário, negando qualquer supremacia de um sobre o outro. Nota-se, dessa forma, clara inclinação pela Teoria dos Diálogos Constitucionais.

Assim, no segundo tópico será feita uma análise da Teoria dos Diálogos Constitucionais, a fim de demonstrar que a sua efetividade está condicionada à observância de certos requisitos que não se vislumbram no cenário brasileiro, o que leva a concluir que a mesma não é aplicável ao Brasil.

Diante disso, no tópico final se exporá os argumentos em defesa da Jurisdição Constitucional. Destarte, a partir do marco teórico adotado, qual seja, a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, se evidenciará que tendo em vista a concepção constitucional de democracia formulada pelo autor norte americano, a jurisdição constitucional não somente é legítima, como é também uma exigência do Estado Democrático de Direito.

Por fim, será feita uma análise dos princípios constitucionais que seriam violados caso a PEC 33 fosse aprovada, de forma a demonstrar que a revisão legislativa de decisões do Supremo Tribunal Federal, tal como propõe a PEC 33, é ilegítima.

2. A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 33 DE 2011

A Proposta de Emenda à Constituição n. 33 de 2011, de autoria do deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), propõe a alteração dos artigos 97, 102 e 103-A, todos da Constituição da República de 1988, para, em síntese, alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

A discussão central da PEC 33 gira em torno da polêmica questão acerca de a quem deve ser atribuído a última palavra sobre a Constituição. Com a afirmativa de que vivenciamos a supremacia do Poder Judiciário, o autor coloca como objetivo principal da Proposta restabelecer o equilíbrio entre os poderes, e, para tanto, propõe submeter algumas decisões do Supremo à revisão legislativa e popular.

Nesse sentido, a PEC 33 em seu artigo 3º versa sobre o controle de constitucionalidade de Emendas à Constituição Federal. Vejamos:

Artigo 3º. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

Art. 102. ...

...

§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal 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.

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.(BRASIL,1988).

Verifica-se que a Proposta pretende submeter ao Congresso Nacional a decisão do STF relativa à inconstitucionalidade de Emendas à Constituição Federal que não teria, de imediato, efeito vinculante e eficácia contra todos. (FONTELES, 2011a, pg. 9). Tais efeitos estariam condicionados ao reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Congresso Nacional. Assim, o Congresso Nacional terá prazo de noventa dias para, em sessão conjunta e por três quintos de seus membros, concluir a votação sobre o efeito vinculante e *erga omnes* da decisão do Supremo, sob pena de aprovação tácita (§ 2º-B).

Na hipótese da manifestação do Congresso Nacional ser contrária à decisão do Supremo, esta será submetida à consulta popular. Dessa forma, havendo divergência entre a posição dos ministros e dos representantes do povo, caberia ao próprio povo a última palavra.

Os argumentos trazidos para fundamentar a revisão legislativa pautam-se na ideia de que o ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (FONTELES, 2011b, p. 3).

Dessa forma, para Fonteles, essa anomalia seria corrigida por mecanismos que fomentem o diálogo institucional entre os Poderes, mediante a valorização do Poder Legislativo. (FONTELES, 2011c).

Nota-se pelos argumentos articulados por Fonteles para justificar a revisão legislativa, clara inclinação pela Teoria dos Diálogos Constitucionais, que também aborda qual instituição deve ter a última palavra na interpretação Constitucional.

Tal teoria, a princípio, nega qualquer supremacia de um Poder sobre o outro e apresenta críticas à Jurisdição Constitucional, justamente por defender que este modelo legitima a preeminência do Poder Judiciário em matéria de interpretação constitucional.

No entanto, conforme veremos a seguir, a Teoria dos Diálogos Constitucionais apesar de apresentar-se como atrativa e ter grande aceitação no cenário jurídico, esbarra em alguns empecilhos para sua efetivação no Brasil.

3. A TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS : a negação da supremacia judicial e da supremacia legislativa

A Teoria dos Diálogos Constitucionais assume acepções diferentes nas doutrinas onde é estudada. As doutrinas americana e canadense se dedicam há mais tempo a estudá-la. No Brasil, a perspectiva dialógica ainda é recente no cenário jurídico, não se podendo falar em teoria dos diálogos constitucionais “brasileira”.

No entanto, no presente tópico pretende-se discorrer apenas sobre os aspectos principais defendidos pela mencionada teoria, bem como expor os principais argumentos em sua defesa.

A Teoria dos Diálogos Constitucionais foi desenvolvida nos Estados Unidos na segunda metade do século XX, a partir de uma obra de Alexander Bickel, que trouxe importantes reflexões para o dialogismo constitucional. (COURA; ESCOSSIA, 2014a). Um dos primeiros autores americanos a tratar do tema foi Louis Fisher, que manifestava a premissa de aversão ao monopólio judicial (BRANDÃO, 2012a, p. 15).

O referido autor, citado por Matheus Henrique dos Santos Escossia e Alexandre de Casto Coura (2014b), alega que o direito constitucional não se resume ao que as Cortes dizem. Tanto o Parlamento quanto o Executivo também se prestam ao desenvolvimento do processo de interpretação constitucional.

Além disso, de acordo com Fisher, a Suprema Corte também opera como uma instituição política, de forma que o Judiciário não estaria imune às oscilações políticas. (COURA; ESCOSSIA, 2014c) ¹.

¹ Salienta-se que Fisher se refere à Suprema Corte americana.

Infere-se que Fisher considera o Poder Judiciário como uma instituição política, assim como os demais Poderes, de forma que, para ele, a preeminência de um Poder em termos de interpretação da Constituição em detrimento dos outros, não se justifica. Além disso, tanto o Legislativo quanto o Executivo se deparam com questões constitucionais que demandam interpretação. Sendo assim, caberá às Cortes, ao Parlamento e ao Executivo, construírem o sentido da Constituição, sendo que o pronunciamento de cada uma dessas instituições dialogam entre si e com a sociedade.

O dialogismo constitucional também foi amplamente debatido na doutrina canadense, onde a discussão sobre o assunto iniciou-se com Peter Hogg e Allison Bushell, que defendiam a revisão legislativa de decisões da Suprema Corte. (BRANDÃO, 2012b).

Para estes autores, maiorias legislativas poderiam reverter decisões constitucionais tomadas pela Suprema Corte e, tal fato, promoveria o diálogo entre essas instituições, sendo o controle de constitucionalidade considerado instrumento catalisador desse diálogo.

A partir das vertentes mencionadas, constata-se os dois principais posicionamentos defendidos pela Teoria dos Diálogos Constitucionais, quais sejam, o de que a Constituição é modelada por meio da atuação dos três poderes, cujos pronunciamentos dialogam entre si e com a sociedade e, a revisão legislativa de decisões da Suprema Corte.

No Brasil, conforme já mencionado, ainda é recente o estudo sobre a Teoria dos Diálogos Constitucionais, sendo que duas obras se destacam nesse cenário, a saber, “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”, de Conrado Hubner Mendes e “Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais” de Rodrigo Brandão.

Nesse sentido, Mendes (2011a) propõe uma perspectiva dialógica de maneira intermediária entre a supremacia e o diálogo. Para tanto, formula os conceitos de “rodada procedimental” e “última palavra provisória”, de acordo com os quais, cada Poder sobressairia com sua interpretação em um determinado momento, até que esta fosse superada por outro poder. (MENDES, 2011b, p. 191).

Por conseguinte, Mendes (2011c) aduz que “a interação deliberativa entre os poderes tem um potencial epistêmico, ou seja, maior probabilidade de alcançar boas respostas ao longo do tempo”. Para ele, essa seria uma razão adicional para se defender

a revisão judicial e, ao mesmo tempo, uma condição de sua legitimidade. (MENDES, 2011c, p. 191).

Rodrigo Brandão também expõe suas razões em defesa do modelo dialógico, que, para ele, o compatibiliza com o Estado Democrático de Direito. Assim sendo, desenvolve:

Em síntese, acredita-se que um modelo dialógico articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais do que os modelos de supremacia, já que: (i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o judiciário e o legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de qualquer “poderes”, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal. Ademais, tal modelo de “circularidade procedimental” (iii) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos “poderes” contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir a segurança jurídica. Nesta esteira, vale lembrar que a teoria dos diálogos constitucionais conduz os processos de interpretação constitucional a resultados provisórios, que sujeitam permanentemente a críticas vindas da esfera pública, circunstância que, de acordo com a teoria da democracia deliberativa, lhes confere capacidade de autocorreção. (BRANDÃO, 2012c, p. 289).

Diante dos ensejos apresentados, Brandão (2012d) ainda salienta que o instrumento de superação das decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte mais adequado ao Estado Democrático de Direito é um processo de emenda constitucional.

Nesse sentido, para o autor o processo de emenda constitucional é um mecanismo que possibilita o diálogo institucional. Assim, tendo em vista a conjuntura brasileira, tal mecanismo permite que um Poder seja constantemente desafiado pelos outros, isso pela possibilidade de o STF controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais e pela possibilidade de o Congresso Nacional aprovar emendas constitucionais que superam decisões do STF que tenham declarado a inconstitucionalidade de emendas pretéritas (BRANDÃO, 2012e, p. 314).

Ante os levantamentos trazidos por Brandão, nota-se clara dissonância entre a Teoria por ele defendida e aquela trazida pela PEC 33, já que esta pretende justamente submeter decisões do STF relativas a constitucionalidade de emendas constitucionais à aprovação do Congresso Nacional. Conforme mencionado acima, para Brandão, a possibilidade de o Congresso Nacional aprovar emendas superadoras de decisões do

Supremo, que outrora declarou a inconstitucionalidade de outras emendas, já possibilita o diálogo entre as instituições, tendo em vista que tais decisões não vinculam o poder legislativo.

Observa-se que a Teoria dos Diálogos Constitucionais busca compreender o processo de interpretação constitucional destituído de supremacia, defendendo que este processo deve ser realizado pela atuação conjunta dos três poderes. Assim, a teoria em análise pauta-se no desenvolvimento de novas modalidades de *judicial review* que preveem mecanismos de diálogo entre juízes e os poderes políticos.

Nesse contexto, compreende-se que a Teoria dos Diálogos Constitucionais apresenta-se, a princípio, como uma alternativa interessante, na medida em que visa permitir uma atuação conjunta dos três Poderes no papel de interpretar a Constituição. Resta saber se a mesma é aplicável ao Brasil.

Em artigo dedicado ao tema, José Guilherme Berman Corrêa Pinto (2010a) apresenta duas questões preocupantes que merecem atenção antes de defender a adoção do modelo dialógico no Brasil.

Desse modo, oportuno transcrever as inquietações do autor:

A primeira delas é que as novas modalidades surgiram basicamente em países ligados à tradição britânica de supremacia parlamentar e de sistema jurídico baseado na *common law*. Isso significa que existe uma prática longa de respeito às instituições representativas, bem como o reconhecimento de costumes e decisões judiciais como fontes primárias do Direito. (CORRÊA PINTO, 2010b, p. 30).

Nesse aspecto, Corrêa Pinto (2010c) salienta que no Brasil os poderes políticos passam por enorme crise de representatividade, o que compromete qualquer análise de modelos alternativos neste momento.

A segunda preocupação trazida pelo autor, diz respeito às condições estabelecidas por Jeremy Waldron para defender a extinção do *Judicial review*. Infere-se:

Repare-se que Jeremy Waldron, ao formular sua defesa da extinção do *judicial review*, o faz apenas em caráter condicional, devendo estar presentes quatro fatores: (i) bom funcionamento das instituições representativas (que devem ser eleitas por sufrágio universal); (ii) bom funcionamento das instituições judiciais; (iii) comprometimento da sociedade e dos governantes com o respeito aos direitos individuais e das minorias; e (iv) desacordo

persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos. (CORRÊA PINTO, 2010d, p. 30).

Nota-se, portanto, que de acordo com Waldron, o argumento contra a revisão judicial deve ser compreendido de maneira condicional, ou seja, se nenhuma das quatro pressuposições apresentadas por ele for satisfeita, não se poderá sustentar a contrariedade. Conforme destacado por Corrêa Pinto (2010e), há no mínimo sérias dúvidas da presença de algum desses fatores na sociedade brasileira atual.

Nesse sentido, a seguir se discutirá a legitimidade da jurisdição constitucional, a partir da Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, de forma a demonstrar que, tendo em vista uma democracia constitucional, o Poder Judiciário cumpre o papel de concretizar os valores afirmados pela Constituição. Assim sendo, a revisão judicial realizada pelo Supremo Tribunal Federal, não somente é legítima, mas, é também condição de efetivação da democracia.

4. EM DEFESA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL TENDO EM VISTA A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Vários são os argumentos trazidos por autores que defendem a jurisdição constitucional com o objetivo de afirmar que tal modelo é o mais adequado ao Estado Democrático de Direito. Dentre estes, os principais são 1) o insulamento político dos magistrados, em detrimento dos representantes do Legislativo e do Executivo; 2) a defesa das minorias ou caráter contramajoritário; 3) a proteção aos direitos fundamentais; 4) a percepção de uma democracia constitucional e 5) a defesa das precondições do processo democrático.

No que tange ao insulamento político, defende-se que é decorrente das garantias e vedações da magistratura e do Judiciário. No caso brasileiro, temos por um lado as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade, da irredutibilidade de vencimentos e as atividades vedadas aos juízes² e, por outro lado, temos as autonomias financeira e administrativa dos tribunais³.

² Art. 95 da CF /1988.

³ Arts. 96 e 99 da CF /1988.

Tais garantias e vedações assegurariam que o Poder Judiciário tome decisões sem se preocupar com as pressões políticas. Dessa forma, ele não estaria “autointeressado” no debate político.

Deveras, tal argumento é passível de crítica vez que, conforme já fora colocado por Schmitt no início do século XX, as cortes também possuem uma dimensão política e, por vezes podem estar interessadas no debate político (BRANDÃO, 2012d). No entanto, como veremos a seguir, os demais argumentos são suficientes para legitimar a jurisdição constitucional.

A partir da formulação de uma concepção constitucional da democracia, Dworkin (2006a) apresentará sua defesa à jurisdição constitucional, que de certa forma engloba os demais fundamentos acima enumerados, para demonstrar que a revisão judicial não é contrária à democracia, mas instrumento de defesa da própria democracia.

Nesse sentido, para melhor compreender o posicionamento do autor, mister se faz entender a ideia de integridade do Direito e a concepção de democracia trazida por ele.

Para Dworkin, o Direito não é apenas um conjunto de regras, mas também é formado por princípios (OMMATI, 2012a). O autor defende que os princípios devem ser colocados na Constituição da forma mais geral e abstrata possível para que sejam interpretados e aplicados caso a caso. É o que ele chama de leitura moral da Constituição (DWORKIN, 2006b).

O conjunto principiológico consubstanciado em uma Constituição, dirá Dworkin, obriga o Estado a tratar a todas as pessoas com igual respeito e consideração e a respeitar a toda e qualquer liberdade individual necessária para a consecução dessa finalidade.

Entretanto, segundo Dworkin, para que os princípios e o próprio Direito sejam levados efetivados, a Constituição e o Direito devem ser vistos como um projeto coletivo comum que leva a sério a pretensão de que homens livres e iguais podem formular normas para regular suas vidas em comunidade. (OMMATI, 2012b). Essa é a ideia de integridade do Direito trazida pelo autor norte americano.

Dessa forma, acentua Ommati (2012c), a ideia de integridade do Direito pressupõe uma comunidade política democrática e a afirmação dos princípios de igualdade e liberdade. Continua o autor, “e, obviamente, diz Dworkin, se entendermos

de maneira adequada essas questões, veremos que o controle de constitucionalidade não é contrário à democracia, mas um instrumento de defesa da própria democracia”. (OMMATI, 2012d, p. 163).

Isso porque, para Dworkin (2006c) uma democracia não é caracterizada apenas pela regra da maioria, mas também pelo respeito à diversidade, ou, a mesma consideração e respeito por todos que se encontram unidos visando um projeto comum. A democracia é vista então como uma associação de homens livres e iguais.

Nesse sentido, Dworkin (2006d) formulará uma concepção constitucional da democracia, baseada fundamentalmente no igual respeito e consideração a todos os indivíduos membros da comunidade. Tal concepção, afirma o autor, rejeita a premissa majoritária⁴.

O autor descreve a atitude que a concepção constitucional da democracia assume em relação ao governo majoritário. Vejamos:

Em suma, a concepção constitucional de democracia assume em relação ao governo majoritário a atitude descrita a seguir. A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chama-las de condições “democráticas” – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas. (DWORKIN, 2006e. ps. 96 e 97).

Nota-se que a concepção de Dworkin (2006f) acerca da democracia não rejeita fatalmente a premissa majoritária, mas defende que esta deve estar condicionada a garantir e respeitar as condições democráticas, sob pena de ser superada por outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas exigidas.

Tendo em vista a compreensão de democracia apresentada, insofismável que, ao contrário do que afirma a PEC 33, ao declararem a inconstitucionalidade de uma lei aprovada no Congresso e, portanto pela vontade da maioria representada pelos parlamentares, os juízes não estão interferindo indevidamente no debate político. Pelo contrário, afirma Dworkin (2006g), ao realizarem o controle de constitucionalidade, os

⁴ Dworkin chamará de premissa majoritária uma tese de explicação da democracia segundo a qual a decisão de um processo político deve favorecer a maioria dos cidadãos, ou seja, a característica principal da democracia é a regra da maioria.

juízes pretendem justamente afirmar o igual respeito e consideração por todos, assegurando assim o princípio democrático da parceria.

Dessa forma, Ommati (2012e) expõe que o controle judicial de constitucionalidade das leis é uma garantia das minorias contra a tentativa das maiorias oprimi-las aprovando leis que firam o igual respeito e consideração por todos e o projeto democrático de uma comunidade formada por homens livres e iguais que se veem como parceiros desse empreendimento político comum. (OMMATI, 2012f. p. 169).

Eis o caráter contramajoritário que deve ser assumido pelas cortes. Sobre esse assunto, Georges Abboud (2012a) assevera que a jurisdição constitucional, aquela implementada em nosso país pelo STF, tem a função de limitar, racionalizar e controlar o poder estatal a fim de assegurar a proteção das minorias, dos mais fracos e promover a reparação dos perigos que possam surgir para atingir a dignidade humana.

Assim, a jurisdição constitucional também tem por função assegurar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional e estes, por sua vez, acentua o insigne constitucionalista, possuem duas funções principais, a saber, a limitação do Poder Público e proteção contra formação de eventuais maiorias dispostas a suprimir ou mitigar algum direito fundamental. (ABBOUD, 2012b, p. 3).

Podemos concluir, com Georges Abboud, que a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. Isso quer dizer que o STF tem a obrigação de preservar a atuação contramajoritária de sua jurisdição a fim de assegurar a preservação dos direitos fundamentais e das minorias, mesmo quando tal atuação possa contrariar a aparente vontade da maioria da população.

Nesse aspecto, podemos afirmar que ao primar pela preservação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário está protegendo também o processo de formação da vontade democrática. E, é nesse sentido que a defesa das precondições do processo democrático é outro argumento que fundamenta a jurisdição constitucional.

Ronald Dworkin ensina que os processos legais podem provocar debates públicos sobre a moralidade política, o que muitas vezes não acontece em um processo político que conduz a uma decisão legislativa. Assim, aduz o citado autor:

Embora o processo político que conduz a uma decisão legislativa que possa até ser um processo de alta qualidade, muitas vezes isso não acontece, o que é

aliás comprovado pelos recentes debates sobre a reforma do sistema de saúde e o controle de armamentos ocorridos nos Estados Unidos. Mas, mesmo quando o debate é esclarecedor, o processo majoritário estimula a adoção de soluções de meio-termo que põem em segundo plano importantes questões de princípio. Já os processos legais constitucionais, por sua vez, podem provocar e, de fato já provocaram uma discussão pública generalizada sobre a moralidade política. (DWORKIN, 2006h. p. 47).

Dessa forma, infere-se que a jurisdição constitucional, no contexto de um Estado Democrático de Direito, deve permitir o debate público a fim de que as decisões proferidas no âmbito da atividade jurisdicional sejam produzidas por todos os interessados enquanto parceiros e coautores do direito.

É por isso que não se pode afirmar que a revisão judicial das leis leva necessariamente à supremacia judicial, ou mesmo, que em decorrência do exercício de tal atividade o STF é o único intérprete das normas constitucionais, que é ele o guardião da Constituição.

A democracia, conforme podemos compreender com os ensinamentos de Dworkin, deve ser vista como uma associação de homens livres e iguais que produzem normas para regular suas próprias vidas. Ademais, no pensamento do autor norte americano, a Constituição não é um texto fechado e acabado, mas deve ser construída a cada momento pelos participantes da comunidade política, que por serem os seus destinatários-autores também tem a responsabilidade de vivenciá-la e interpretá-la.

Diante de todo o exposto, podemos afirmar que a PEC 33 ao pretender submeter ao Congresso Nacional decisões do STF relativas à inconstitucionalidade de emendas constitucionais não é compatível com o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, no tópico seguinte será abordado a ilegitimidade da revisão legislativa de decisões do STF e será feita uma análise dos dispositivos da Constituição de 1988 que seriam violados acaso a proposta em análise fosse aprovada.

5. A (I) LEGITIMIDADE DA REVISÃO LEGISLATIVA DE DECISÕES DO STF

Primeiramente, importante ressaltar que a função do STF de decidir sobre a constitucionalidade de uma lei ou emenda constitucional, não lhe confere de fato, a

última palavra sobre o sentido da Constituição, tendo em vista os argumentos articulados no decorrer desse texto.

Além disso, consoante disposto no art. 28, parágrafo único, da lei n. 9868/1999, as decisões de inconstitucionalidade do Supremo vinculam apenas os órgãos administrativos e judiciais responsáveis pela aplicação da norma, e não o Parlamento. Assim, não há óbice absoluto a que o Congresso reedite emenda constitucional declarada inconstitucional pelo STF, pois o efeito vinculante das decisões do STF não atinge o Poder Legislativo.

Nesse sentido, ao contrário dos argumentos pronunciados pela PEC, a jurisdição constitucional não fere o princípio da separação dos poderes, ou conduz a uma supremacia judicial, contrariamente, é essencial para a supremacia da própria Constituição, já que deve perseguir a efetivação de direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Dessa forma, a revisão legislativa atenta contra a soberania da Constituição.

Conforme argumento estampado na exposição de motivos da PEC 33, o controle de constitucionalidade realizado pelo STF seria antidemocrático porque confere a pessoas não eleitas pelo povo o poder de invalidar normas criadas pelo próprio povo, através de seus representantes, além de significar interferência demasiada do Judiciário em assuntos políticos, o que feriria o princípio da separação de poderes.

Tal ideia, no entanto, se baseia numa concepção da democracia pautada apenas na vontade da maioria, o que não é condizente com o Estado Democrático de Direito, que exige uma democracia constitucionalizada, quer dizer, compreendida como parceria de homens livres iguais. (OMMATI, 2014a).

Ademais, conceber a democracia apenas como regra da maioria pode levar a que sejam ignorados os direitos de minorias, colocando em risco o princípio da igualdade, elencado como direito e garantia fundamental no artigo 5º da Carta Magna.

Não é por demais frisar que o princípio da igualdade, como assevera Ommati, não pode mais ser entendido como tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam, vez que ficará sempre o problema de saber quem são os iguais e quem são os desiguais. (OMMATI, 2014b). Consoante Dworkin, o princípio da igualdade deve ser compreendido como tratar a todos com igual respeito e consideração.

Por isso, na acepção colocada por Dworkin a igualdade não pode ter um conteúdo fixo, mas deve ser analisada caso a caso, levando a sério a sua própria natureza de princípio jurídico. (OMMATI, 2012g).

Nesse sentido, a proposta em análise contraria o princípio da democracia e o princípio da igualdade quando compreendidos nos seus aspectos mais adequados ao Estado Democrático de Direito.

Outrossim, percebe-se no argumento trazido pela Proposta a adoção do modelo tradicional de separação dos poderes, que para Brandão (2012e) apresenta duas características principais: (i) a supremacia do Legislativo sobre os demais Poderes e (ii) uma radical distinção de funções, já que caberia exclusivamente ao Legislativo criar o direito, competindo aos demais poderes a sua mera aplicação. (BRANDÃO, 2012f, p. 219).

Nota-se ainda, a defesa da existência da separação entre política e direito, onde a criação do direito seria uma atividade política a cargo do legislador e, a aplicação do direito seria uma atividade técnica a cargo, sobretudo, do Judiciário.

Nesse aspecto, ao contrário da visão tradicional da separação de poderes, Dworkin defende que os juízes também devem decidir materialmente as demandas não podendo ficar restritos às questões procedimentais porque, na visão do autor, a separação entre conteúdo e procedimento é impossível de ser feita. (OMMATI, 2014c, p. 196). É por isso que o Judiciário deve realizar o controle de constitucionalidade.

O princípio da separação dos poderes deve ser compreendido a partir da ideia de freios e contrapesos trazida por Montesquieu. Segundo tal teoria, as funções específicas de um Poder não sofrerão ingerência nem usurpação dos demais poderes. Porém, no exercício de sua função atípica, cada Poder fiscalizará e limitará a ação dos demais. (FERNANDES, 2012a).

Nesse sentido, Bernardo Gonçalves Fernandes, citando Canotilho, aduz que o princípio da Separação de Poderes apresenta uma dupla dimensão: (i) se por um lado traça a ordenação e organização dos poderes constituídos – dimensão positiva; (ii) por outro fixa limites e controles – dimensão negativa- em sua relação com os demais. (FERNANDES, 2012b, p. 292).

Nesse contexto, a revisão legislativa fere o princípio da separação dos poderes enquanto instrumento de freios e contrapesos e proteção da democracia.

Ainda, demonstrou-se que a jurisdição constitucional deve promover o debate público de forma que as decisões proferidas no âmbito da atividade jurisdicional sejam produzidas por todos os interessados, enquanto parceiros e coautores das normas que lhes serão aplicadas. Importa em afirmar, nesse aspecto, que a jurisdição deve efetivar o processo democrático.

Lado outro, a revisão legislativa proposta pela PEC 33 desprezaria todo o processo constitucional realizado pelo Poder Judiciário para proferir a decisão revisada, a fim de realizar novo pronunciamento eventualmente contrário, que não respeitaria os princípios e garantias constitucionais.

Portanto, a revisão legislativa apresenta-se como ilegítima, na medida em que fere os princípios e garantias fundamentais estabelecidos no texto constitucional, notadamente, os princípios da democracia, da separação dos poderes, da igualdade, do processo democrático e da fundamentação das decisões, atentando, dessa forma, contra a supremacia da Constituição.

6. CONCLUSÃO

O presente estudo demonstrou que a PEC 33, ao instituir possibilidade de revisão legislativa de decisões do Supremo Tribunal Federal, viola a Constituição de 1988. Evidenciou-se que a teoria adotada para defender os argumentos em favor da revisão legislativa não se adequa ao Brasil, tendo em vista que não se vislumbra aqui os requisitos fundamentais para sua implementação.

Ademais, a partir da concepção constitucional de democracia trazida por Ronald Dworkin, verificamos que uma democracia não é caracterizada apenas pela regra da maioria, mas também pelo respeito à diversidade, ou a mesma consideração e respeito por todos que se encontram unidos tendo em vista um projeto comum. A democracia é tida então como uma associação de homens livres e iguais.

Dessa forma, ao contrário dos argumentos articulados pela PEC 33, verificamos que o controle de constitucionalidade das leis exercido pelo Poder Judiciário não é antidemocrático, mas, é condição de efetividade da própria democracia e essencial para a supremacia da Constituição.

Demonstrou-se, deste modo, que a revisão judicial das leis não leva necessariamente à supremacia judicial, da mesma forma que não podemos afirmar que em decorrência do exercício dessa atividade o STF é o intérprete final das normas constitucionais, ou que ele é o guardião da Constituição.

Portanto, confirmou-se que a revisão legislativa é ilegítima, haja vista que fere princípios e garantias fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Especificamente, verificamos que a proposta em questão fere o princípio da democracia, por pautar-se em uma democracia caracterizada apenas pela regra da maioria que, por vezes deixa de considerar os direitos das minorias. Consequentemente, infringe o princípio da igualdade, compreendido como tratar a todos com igual respeito e consideração.

Outrossim, a revisão legislativa viola o princípio da separação dos poderes, enquanto instrumento de freios e contrapesos.

Portanto, restaram confirmadas as hipóteses levantadas para o desenvolvimento do presente trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOUT, Georges. **STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 921, p. 191, jul. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

COSTA, Luciana da Silva. **Jurisdição Constitucional: uma reconstrução à Luz do Estado Democrático de Direito**. 2002,. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia

Universidade Católica de Minas Gerais, Program de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em:
http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConstItem.html. Acesso em: 15 fev. 2015.

ESCÓSSIA, Matheus Henrique dos Santos da; COURA, Alexandre de Castro. **Fundamentos de uma jurisdição constitucional: o ainda incontornável debate sobre quem (não) deve ter a última palavra sobre a constituição**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Unisinos, v. 6, n. 3, p. 336-350, out.-dez. 2014.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. ampl. e atual.- Rio de Janeiro: EDITORA JusPODIVM, 2012.

FONTELES, Nazareno. **Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2011**. Disponível em:
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&file_name=PEC+33/2011. acesso em: 18/09/2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. 3. ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PASSOS, Daniel Silva. **A busca da legitimidade democrática pelo modelo judicial britânico**. Revista da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.60, p. 71-94, jan.- jun. 2012

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade**. Direito Público, v. 1, n. 31, p. 25-56, 2010.

STRECK, Lenio ; CATTONI, Marcelo ; LIMA, Martonio Barreto ; NETTO, Menelick de Carvalho. **Revisão é golpe! Porque ser contra a proposta de revisão constitucional**. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/12.pdf>. Acesso : 17/09/2014.