Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 33 – janeiro/fevereiro/março de 2013 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO, BACKLASH E RESPOSTA LEGISLATIVA EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Marianna Montebello Willeman

Mestre e doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora do curso de graduação da PUC-Rio. Ex-Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

I. Colocação do tema: distribuição da autoridade interpretativa em matéria constitucional

A afirmação do significado da Constituição como tarefa primordialmente exercida pelo Poder Judiciário e a consagração de mecanismos de controle de constitucionalidade por órgãos jurisdicionais no Brasil são fórmulas consensualmente aceitas sem maiores questionamentos, inclusive porque previstas normativamente. A dificuldade democrática que tais institutos apresentam não chega a ser fortemente problematizada ou desafiada pela comunidade acadêmica brasileira em razão da própria previsão constitucional de sofisticado mecanismo de revisão judicial das leis e atos do poder público[1], o que, em última instância, representaria uma adesão à teoria da supremacia judicial.

[1] Como se sabe, os modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil seguem, de um lado, a inspiração norte-americana de garantia da supremacia da Constituição por todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, caracterizando o denominado controle difuso de constitucionalidade, presente na tradição constitucional brasileira desde a Constituição de 1891; e, de outro lado, a orientação austríaca no sentido da existência de uma Corte Constitucional responsável pela defesa da Constituição, caracterizando o denominado controle concentrado de constitucionalidade, instrumentalizado por meio de um processo objetivo, em que não se tutelam situações jurídicas individuais, mas sim, a própria higidez do ordenamento jurídico, mediante a aferição da constitucionalidade da norma em tese ou em abstrato. É interessante notar que, na doutrina norte-americana, o professor Larry Kramer, defensor do denominado constitucionalismo popular, advoga claramente a instituição de Cortes Constitucionais no estilo europeu como a alternativa mais sensata para se solucionar o problema do controle de constitucionalidade. Em suas palavras: "*Las naciones de la Europa moderna encontraron formas más sensatas para manejar este problema del control. A partir del reconocimiento de que hacer cumplir las normas constitucionales no es, ni será jamás, como la interpretatión jurídica ordinaria, las constituciones de la Europa de posguerra establecieron tribunales especiales, que no integran el sistema jurídico ordinario, cuya única función es revisar las cuestiones de constitucionalidad. Dada da elevada posición política de estos tribunales, se incorporaron garantías adicionales para asegurar un nivel adecuado de responsabilidad política sin condicionar innecesariamente la independencia judicial. (...). El efecto combinado de estas innovaciones libera la presión que*

Nesse sentido, pode ser bastante plausível e atraente a tese segundo a qual a Constituição efetivamente evoca a necessidade de uma autoridade interpretativa final, que possa fixar o seu sentido e alcance sem sofrer qualquer pressão popular ou submeter-se à instabilidade eleitoral. E essa autoridade interpretativa final residiria, então, nas instâncias judiciais e seria exercida por meio da supremacia judicial[2].

Há, porém, um paradoxo ou uma tensão bastante latente nas democracias constitucionais que simplesmente não se pode negligenciar e que suscita debates bem mais complexos no que tange à interpretação constitucional. Trata-se da conhecida "dificuldade contramajoritária", assim nomeada por **ALEXANDER BICKEL**[3] na década de 60 e que, desde então, tem sido uma verdadeira obsessão da doutrina constitucional norte-americana. Eis a descrição do problema, recorrendo às palavras do próprio autor:

> *(...) when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, mystic overtones, is what actually happens. (…) and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic*[4]*.*

Com efeito, sob os mais variados pontos de vista, o constitucionalismo pode ser compreendido basicamente como uma limitação à regra majoritária, visto que através de determinados instrumentos inibidores de mudanças constitucionais acaba por retirar certas decisões do processo democrático, "atando

---

genera la doctrina de la supremacía mediante da reducción de las posibilidades de desacuerdos serios entre el tribunal constitucional y los otros poderes del gobierno y facilita la implementación de correctivos políticos cuando se dan estos desacuerdos. En parte como resultado de ello, los tribunales constitucionales de Europa se las han areglado con éxito para imitar el activismo estadounidense sin generar controversias similares (...)." (KRAMER, Larry D. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Traducción de Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 304).

[2] O *leading case Marbury versus Madison* é reconhecido pelo Direito Constitucional como o embrião do controle difuso da constitucionalidade das leis. Foi em tal caso que a Suprema Corte americana, presidida pelo *Chief Justice* John Marshall, reconheceu que os tribunais em geral, e a Suprema Corte em última instância, tinham o poder de decidir o que a Constituição pretende dizer e de invalidar atos de outros órgãos públicos incompatíveis verticalmente com a Carta Magna. Cumpre elucidar, contudo, que debates acerca de tal competência do judiciário já haviam sido travados anteriormente. Durante as discussões do ano III, na França, Thibadeau conseguiu que a unanimidade da Convenção refutasse a instituição de um "*jury constitutionnel*", proposto por *E.J.* Sieyès em seus dois discursos de *Thermidor*. Os chamados "imortais da Convenção" não concordaram em estabelecer um poder de controle superior àquele das Assembléias legislativas. (HOWARD, E. Dick. La Concéption Mécaniste de la Constitution. In: TROPER, M; JAUME, L. (Orgs.). **1789 et l'invention de la constitution.** Paris: Éditions Bruylant, 1994, pp. 153-173).

[3] BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: the Supreme Court at the bar of Politics. Binghampton: Vail-Ballou Press, 1986.

[4] BICKEL, Alexander. Obra citada, p. 16/17. Versão livre da autora: "(...) quando a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de um ato legislativo ou de um ato do executivo eleito, ela contraria a vontade dos representantes do povo do aqui e agora; ela exerce controle, não em nome da maioria prevalente, mas contra ela. Isso, sem qualquer tom místico, é o que em verdade acontece. (...) E é por isso que se pode acusar a revisão judicial de não-democrática".

as mãos da comunidade" em uma espécie de "ditadura do passado sobre o futuro"[5]. Coloca-se, portanto, o problema do paradoxo constitucional da democracia. Afinal, é inegável que a concepção do constitucionalismo como forma de autolimitação e restrição da vontade majoritária das gerações futuras não se harmoniza facilmente com as teorias da democracia. Como bem sintetiza **NIMER SULTANY**, "*while democracy, understood as the rule of the many, seems to suggest unconstrained freedom for the will of the majority, constitutionalism seems to work in the opposite direction by imposing constraints on this freedom*"[6].

Existem várias concepções que buscam contornar essa tensão[7] e, colocando em extremos, há autores que justificam e sustentam a primazia do Poder Judiciário enquanto autoridade interpretativa e outros que a desafiam e propõem alternativas como o **constitucionalismo popular**[8] ou a própria **supremacia parlamentar**[9].

O objetivo do presente ensaio não é, absolutamente, revisitar tais teorias, nem tampouco defender soluções para o impasse mediante a adesão a uma das formulações já elaboradas sobre o tema. Muito ao contrário, o que se buscará por meio deste estudo é repensar a supremacia judicial amplamente acolhida na teoria constitucional brasileira especialmente a partir da percepção do poder legislativo também como um dos intérpretes da Constituição – sem que, com isso,

---

[5] Tais são expressões, respectivamente, de Jon Elster e Stephen Holmes, citadas por MELO, Marcus. Constitucionalismo e ação racional. **Lua Nova Revista de Cultura e Política.** São Paulo: CEDEC, n.º 44, 1998, pp. 55-79.

[6] SULTANY, Nimer. **The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 47, p. 382. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_=2132397. Acesso em 04 de setembro de 2012. Versão livre da autora: "enquanto a democracia, compreendida como a regra de muitos, sugere ilimitada liberdade para a vontade da maioria, o constitucionalismo parece seguir a direção oposta, mediante a imposição de restrições a essa liberdade".

[7] Para uma visão bastante detalhada do debate constitucional contemporâneo a respeito da tensão entre constitucionalismo e democracia, propondo a formulação de quatro categorias doutrinárias extremamente didáticas, confira-se: SULTANY, Nimer. Artigo citado, pp. 371-455. Em resumo, o autor visualiza a existência de dois meta-grupos, classificando-os em **discursos da unidade** (que considera que a democracia constitucional comporta defesa, a partir de bases racionais, como uma concepção harmoniosa) e **discursos da desunião** (que considera que existe uma tensão irreconciliável entre a democracia e o constitucionalismo). Entre os teóricos que integram a categoria do "discurso da unidade", destacam-se aqueles autores que negam (*deniers*) a existência de qualquer conflito entre democracia e constitucionalismo e que, portanto, justificam o *judicial review*, como, por exemplo, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman e John Rawls. Ainda no contexto do "discurso da unidade", também estão os autores que, como John Hart Ely, Cass Sunstein e Alexander Bickel, reconhecem a existência de uma tensão entre a democracia e o constitucionalismo, mas entendem que tal tensão é passível de reconciliação e, portanto, justificam o judicial review (*reconciliation*). De outro lado, o "discurso da desunião" é integrado por teorias que reconhecem a existência de uma tensão irreconciliável entre a democracia e o constitucionalismo, sendo que, algumas delas (*endorsement*) entendem que essa situação não conduz à rejeição do *judicial review* e buscam formulações para justificá-lo de maneira prudencial (adotada por Lawrence Tribe e Frank Michelman, por exemplo), ao passo que outras efetivamente reputam o *judicial review* como ilegítimo em determinadas condições (*dissolvers*, posição adotada por Jeremy Waldron, por exemplo).

[8] KRAMER, Larry D. Obra citada, pp. 277- 308; e TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

[9] Em defesa da supremacia parlamentar, confira-se a obra de Jeremy Waldron e sua tese central no sentido de que o *judicial review* é inapropriado em uma sociedade livre e democrática. (WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao *Judicial Review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp.93-157).

sejam questionados os mecanismos de revisão judicial contemplados no texto Constitucional.

Em outras palavras, o que se buscará confrontar é a premissa da autoridade exclusiva e monopolizada pelas cortes de justiça na definição do sentido da Constituição, lançando luzes para as potencialidades do compartilhamento dessa tarefa com outras instâncias de poder, que também podem ser consideradas como legítimas autoridades interpretativas. Atentar-se-á, portanto, para a questão central da debilidade que o *judicial review* acaba impondo às demais esferas de poder político, na linha do que já alertava, em 1893, **JAMES BRADLEY THAYER** e que veio a ser propagado como a doutrina do departamentalismo, segundo a qual cada uma das três instâncias de poder possui autoridade independente e coordenada para interpretar a Constituição[10].

A abordagem aqui proposta não é meramente acadêmica e, muito pelo contrário, tem forte carga pragmática. Isso porque, embora tradicionalmente a doutrina brasileira não se debruce fortemente sobre o caráter contramajoritário do *judicial review*, é induvidoso que, em tempos recentes, uma postura mais criativa[11] do Supremo Tribunal Federal tem gerado alguns desconfortos e perplexidades, a ponto de se instaurar, em determinados segmentos da sociedade, receio de que se venha a cogitar, eventualmente, do estabelecimento de um mecanismo de revisão parlamentar do controle de constitucionalidade[12].

Assim, embora até o momento haja razoável consenso quanto à centralidade e a primazia do poder judiciário na interpretação constitucional no Brasil, existem alguns excessos nessa confiança irrestrita que se deposita na interpretação juriscêntrica e, por outro lado, na desconfiança desmedida dirigida às instâncias de representação popular. Nesse sentido, a colocação de **KEITH WHITTINGTON** é bastante pertinente quando adverte que, em uma democracia, a Constituição é importante demais para ser deixada nas mãos apenas do judiciário e, exatamente por isso, parte em defesa de uma opção que promova a distribuição da autoridade interpretativa por entre várias instituições (referindo-se aos poderes

[10] **The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law**. Harvard Law Review, vol. 07, n. 03, 1893, pp. 129-156. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1322284. Acesso em 17 de setembro de 2012. Nesse texto histórico, o autor deixa bem claro o receio de que o *judicial review* encoraje o legislativo a prestar deferência às decisões judiciais em matéria de direitos constitucionais ao invés de se engajar na sua própria tarefa de interpretá-los. Em última análise, essa postura sinaliza o enfraquecimento do processo democrático.

[11] Para alguns, essa postura mais criativa corresponderia ao denominado "ativismo judicial". Prefere-se, aqui, não adotar tal terminologia, uma vez que essa locução guarda inconsistências que devem ser evitadas. Como bem registra Cass Sunstein, a expressão ativismo judicial é, por vezes, empregada de forma pejorativa, para caracterizar decisões consideradas equivocadas por terem se distanciado do texto constitucional. Em outras situações, a mesma locução pode ser utilizada com sentido meramente descritivo, de forma que uma decisão judicial ativista não é, necessariamente, uma decisão equivocada. Assim, por exemplo, quando o judiciário afasta-se de seus precedentes, pode estar incorrendo em ativismo. Exatamente para que sejam evitados esses riscos quanto à compreensão do termo "ativismo", opta-se aqui por simplesmente fazer referência a decisões recentemente adotadas pelo STF a partir de bases interpretativas que Sunstein consideraria maximalistas, a indicar a tomada de decisões de maneira extensiva, com a fixação de amplas regras para o futuro. (SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 09).

[12] Esse receio será explicitado no item III do presente trabalho, oportunidade em que será examinada a Proposta de Emenda Constitucional n. 03/2011, atualmente em tramitação perante o Congresso Nacional.

judiciário, executivo e legislativo), cada uma "suprema" na sua própria esfera e nenhuma "suprema" em sua integralidade[13].

À luz dessa premissa teórica de compartilhamento da autoridade interpretativa em matéria constitucional, a abordagem preconizada neste trabalho enfrentará o tema sob a perspectiva específica do poder legislativo e do papel que se lhe pode reconhecer nessa tarefa. Para tanto, afigura-se importante abordar uma corrente de pensamento convencionalmente designada por **constitucionalismo democrático**, que rejeita a exclusividade judicial e considera que as divergências interpretativas são condições normais para o desenvolvimento do direito constitucional[14].

O reconhecimento do potencial construtivo das divergências interpretativas será examinado a seguir a partir da perspectiva do *backlash*, assim considerado, no contexto do direito constitucional, o movimento de intensa reprovação ou rejeição de uma decisão judicial, acompanhado da adoção de medidas de resistência tendentes a minimizar ou a retirar sua carga de efetividade. Uma vez fixada a compreensão de tal fenômeno, passa-se a investigar a reação a decisões judiciais em matéria constitucional já ocorrida no contexto brasileiro, abordando a denominada **correção legislativa da jurisprudência constitucional** a partir de dois casos-referência julgados pelo Supremo Tribunal Federal. A análise de tais casos emblemáticos tentará evidenciar o equívoco de qualquer concepção que, de maneira apriorística e inflexível, rejeite a correção legislativa ordinária em matéria constitucional.

II. *Backlash* e constitucionalismo democrático

A tradição constitucional que reconhece a supremacia judicial em matéria de interpretação constitucional confere grande relevo às reações e às consequências que podem advir de uma decisão judicial a respeito do significado da Constituição. Esse é um fator de extrema importância nas equações a serem solucionadas perante as cortes de justiça, especialmente porque, a depender do grau de reação à decisão judicial, o próprio poder judiciário pode ser chamado a ter que reafirmar sua autoridade interpretativa.

A doutrina norte-americana estuda esse fenômeno conferindo-lhe a etiqueta de *backlash*, usualmente associado, para os fins ora em apreciação, aos

[13] Obra citada, p. 27. Ainda segundo o autor, *"If the voice of the judiciary is often primary in our dialogue over constitutional meaning, it is not the only voice that speaks in the name of the Constitution and sometimes not the best.*" Tradução livre da autora: "Se a voz do judiciário é usualmente a primária em nosso debate a respeito do significado constitucional, ela não é a única voz que fala em nome da Constituição e por vezes não é a melhor".

[14] O **constitucionalismo democrático** acompanha as denominadas **teorias do diálogo**, segundo as quais "o judiciário não tem (empiricamente) ou não deve ter (normativamente) o monopólio da interpretação constitucional. Ao contrário, ao exercer o poder de revisão judicial, os juízes engajam-se em uma conversação interativa, interconectada e dialética a respeito do significado constitucional". Versão livre da autora para: "*Dialogue theories emphasize that the judiciary does not (as an empirical matter) or should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation. Rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning*". (BATEUP, Christine. **The Dialogical Promise**: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. New York University School of Law: Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper n. 05-24, November 2005. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=852884. Acesso em 13 de setembro de 2012).

efeitos indesejados, contraprodutivos ou adversos que podem ser gerados por uma decisão judicial em matéria constitucional[15]. Como elucida **CASS R. SUNSTEIN**:

> *Let us define "public backlash", in the context of constitutional law, in the following way: Intense and sustained public disapproval of a judicial ruling, accompanied by aggressive steps to resist that ruling and remove its legal force. In cases of backlash, many minds have rejected the Court's decision, and they have done so with conviction[16].*

Percebe-se que o *backlash* desconstrói a presunção usualmente aceita de que as decisões judiciais adotadas em matéria constitucional devem ser objeto de deferência sem protesto e, portanto, desafia a própria titularidade, por parte das instâncias judiciais, da última palavra quanto ao significado da Constituição.

Atualmente, a abordagem acadêmica que tem marcado a apreciação desse fenômeno busca investigar como deve ser a atuação das cortes de justiça diante dos riscos que um *backlash* pode trazer. Em outras palavras: devem os juízes simplesmente ignorar os efeitos políticos e sociais indesejados que uma decisão judicial pode vir a provocar e decidir sem levar essa circunstância em consideração ou, inversamente, os riscos de *backlash* devem ser sopesados antes da adoção de uma decisão judicial, justificando e conduzindo a uma postura minimalista por parte do judiciário?

Vários autores perfilham linhas argumentativas que sugerem que as cortes devem sistematicamente decidir os casos submetidos a seu julgamento de forma a que sejam evitados os riscos de *backlash*. São teorias constitucionais[17] que buscam evitar conflitos e que sugerem a adoção de posturas de autocontenção ou minimalistas diante de casos altamente controvertidos, em que a diversidade de concepções se faz muito sensível, tais como os debates envolvendo ações afirmativas, interrupção de gestação, relações homoafetivas, questões religiosas, dentre outras.

A análise do *backlash* a partir de tal perspectiva enfatiza o seu caráter ameaçador em relação à autoridade judicial e parece negligenciar o fato de

---

[15] Confira-se, nesse sentido: POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. **Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash**. Faculty Scholarship Series. Paper 169 (2007). Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169. Acesso em 15 de agosto de 2012.

[16] **A Constitution of Many Minds:** why the founding document doesn't mean what it meant before? Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 123.Versão livre da autora: "Deixe-nos definir *backlash* público, no contexto do direito constitucional, da seguinte forma: reprovação intensa e sustentada de uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para se resistir a essa decisão e se retirar sua força legal. Em casos de *backlash*, um grande número de pessoas rejeita a decisão da Corte e o faz com convicção".

[17] Para uma aproximação sistematizada e crítica de tais teorias, recomenda-se a leitura do artigo de Robert Post e Reva Siegel acerca do constitucionalismo democrático e de sua relação salutar com o fenômeno do *backlash*. Nesse trabalho, os autores dialogam com as teorias formuladas por três outros autores que recusam potencial construtivo ao *backlash*. São eles: *Michael Klarman*, *Willian Eskridge* e *Cass Sunstein*. (POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Artigo citado, p. 42).

que algum grau de conflito pode ser, ao mesmo tempo, causa e consequência em um processo de desenvolvimento do direito constitucional.

Essa percepção mais construtiva e otimista do *backlash* é enfatizada por autores que se filiam ao denominado **constitucionalismo democrático**, vislumbrando excessos tanto na confiança irrestrita quanto na desconfiança total em relação à jurisdição constitucional. O **constitucionalismo democrático** não rejeita, absolutamente, o *judicial review*, mas considera inaceitável que uma esfera de poder se autocoloque em posição de superioridade sobre outras esferas em matéria de interpretação constitucional. Nesse sentido, as divergências e os desacordos interpretativos são vistos de maneira produtiva para o amadurecimento do direito.

A premissa sobre a qual se baseia o **constitucionalismo democrático** considera que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática, ou seja, de sua capacidade para fazer com que seus destinatários a reconheçam como *a sua constituição*. Nessa linha de raciocínio, eventuais resistências a interpretações judiciais podem atuar em fortalecimento da legitimidade democrática da Constituição e, portanto, a partir de tal perspectiva, o fenômeno do *backlash* ostenta um potencial construtivo que não deve ser ignorado. Como destacam **ROBERT POST** e **REVA SIEGEL**[18]:

> *Democratic constitutionalism thus offers a fresh perspective on the potentially constructive effects of backlash. This is not the common view in the legal academy, where law-abidingness and deference to professionals are generally prized. Backlash challenges the presumption that citizens should acquiesce in judicial decisions that speak in the disinterested voice of law. Backlash twice challenges the authority of this voice. In the name of a democratically responsive Constitution, backlash questions the autonomous authority of constitutional law. And in the name of political selfownership, backlash defies the presumption that lay citizens should without protest defer to the constitutional judgments of legal professionals.*

Há sólida produção acadêmica nos Estados Unidos a respeito de inúmeros julgamentos históricos que acarretaram, em alguma medida, *backlash*, seja em decorrência das resistências sociais que produziram, sejam em razão das respostas políticas ou legislativas que acabaram por produzir. Dentre os casos usualmente mais estudados, destacam-se: (i) *Brown v. Board of Education*[19], que determinou o fim da segregação racial nas escolas públicas no sul dos Estados

[18] Artigo citado, p. 37. Versão livre da autora: "O constitucionalismo democrático oferece, então, uma perspectiva renovada acerca dos efeitos potencialmente construtivos do *backlash*. Essa não é a visão usualmente presente na academia, em que o direito duradouro e a deferência aos profissionais são geralmente premiados. *Backlash* desafia a presunção de que os cidadãos devem aquiescer com as decisões judiciais que falam a voz desinteressada da lei. *Backlash* desafia a autoridade dessa voz. Em nome de uma responsividade democrática da Constituição, *backlash* questiona a autoridade autônoma do direito constitucional. E em nome de uma autodeterminação política, *backlash* desafia a presunção de que os cidadãos devem deferência sem protesto aos julgamentos constitucionais realizados pelos profissionais do direito".

[19] 347 U.S. 483 (1954).

Unidos na década de 50, e que é estudado à luz de uma teoria de *backlash* especialmente por **MICHAEL KLARMAN**[20]; (ii) *Roe v. Wade*[21], em que a Suprema Corte interpretou o direito à privacidade de forma a acolher o direito da mulher de decidir a respeito da interrupção de uma gestação, ocasionando reações as mais diversas acerca da temática do aborto; (iii) *Goodridge v. Department of Public Health*[22], em que a Suprema Corte de Massachusetts decidiu que o Estado não poderia negar a proteção, os benefícios e as obrigações decorrentes do matrimônio a duas pessoas do mesmo sexo que queiram se casar; e, finalmente, (iv) *Kelo v. City of New London*[23], versando sobre o domínio eminente estatal e o reconhecimento, pela Suprema Corte, do direito de o Estado "desapropriar" um bem privado para posteriormente transferi-lo a outra pessoa privada por razões de desenvolvimento econômico (segundo o entendimento firmado pela Suprema Corte, o desenvolvimento econômico, nesse caso, reflete a utilidade pública para fins de desapropriação).

Todos os casos acima mencionados produziram desdobramentos e reações que podem ser caracterizadas como *backlash* – social ou político/legislativo – e que comportam apreciações positivas ou negativas conforme os mais variados pontos de vista[24]. Mas há um elemento fundamental em todos eles que simplesmente não pode ser menosprezado: os conflitos e as divergências interpretativas suscitaram respostas que partiram dos mais diversos atores sociais e políticos e, nesse sentido, o *backlash* atuou como um fator propulsor do debate constitucional pulverizado entre diversas instâncias, democratizando a busca pelo significado da Constituição.

A explicitação de um caso específico pode ilustrar adequadamente esse potencial construtivo das reações inesperadas geradas por uma decisão judicial em matéria constitucional. Trata-se de *Stenberg v. Carhart*[25], em que a Corte Suprema norte-americana invalidou uma lei do Estado de Nebraska que vedava o *partial-birth abortion*[26] sob o fundamento de que a lei não continha previsão de possibilidade de realização do procedimento nas hipóteses em que a gestação

[20] **How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis.** The Journal of American History**, Vol. 81, No. 1, Jun., 1994, pp. 81-118.**

[21] 410 U.S. 113 (1973).

[22] 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

[23] 545 U.S. 469 (2005).

[24] Para uma análise aprofundada de tais casos e de como produziram *backlash*, confiram-se: SANDEFUR, Timothy. **The Backlash so far: will Americans get meaningful eminent domain reform?** Michigan State Law Review, 2006. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=868539. Acesso em 27 de setembro de 2012; SOMIN, Ilya. **The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo**. Minnesota Law Review, vol. 93, n. 06, pp. 2100-2178, 2009. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=976298. Acesso em 26 de setembro de 2012; BALL, Carlos A. **The Backlash Thesis and the Same-Sex Marriage: Learning from Brown v. Board of Education and its Aftermath**. Willian & Mary Bill of Rights Journal, vol. 14, 2006. Disponível em http://ssrn.com/abstract=901238. Acesso em 26 de setembro de 2012.

[25] 530 U.S. 914 (2000). A esse propósito, confira-se: POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Artigo citado, pp. 385/387.

[26] A locução é utilizada para identificar o procedimento abortivo realizado durante o segundo trimestre gestacional, geralmente no período compreendido entre 15 e 26 semanas de gestação.

colocava em risco a saúde da mulher (*health exception*). Grupos antiabortistas manifestaram forte divergência diante da decisão da Corte e pressionaram o Congresso a editar nova legislação sobre o assunto, nos mesmos termos daquela que havia sido invalidada. Em defesa da lei, submeteram aos congressistas evidências médicas no sentido que um *partial-birth abortion* nunca é necessário para preservar a saúde da mulher e que, muito pelo contrário, o procedimento traz sérios riscos à saúde da gestante.

Após **audiências públicas** realizadas para debate a respeito das evidências médicas, o Congresso editou nova legislação interditando a realização do *partial-birth abortion,* também sem previsão de cláusula de exceção em favor da saúde da mulher. A questão foi novamente apreciada pela Corte Suprema em *Gonzales v. Carhart* [27]e, desta vez, a Corte prestou deferência à opção legislativa, embora tenha ficado bastante claro que a pretensão do Congresso foi inequivocamente contornar o precedente criado em *Stenberg v. Carhart*. O interessante é que, nessa nova apreciação, a Corte trouxe distinta fundamentação para as restrições legais impostas ao *partial-birth abortion*, qual seja, a proteção da mulher.

Sem ingressar em qualquer debate a respeito da **questão moral** discutida nos casos citados – ***especialmente sem emitir qualquer juízo de valor sobre o desfecho, ao menos temporário, do assunto*** –, o que parece relevante notar na evolução da temática é que o *backlash* gerado por *Stenberg v. Carhart* suscitou amplo debate na sociedade e no poder legislativo a respeito de assunto extremamente controvertido e sensível, demonstrando que as instâncias judiciais e legislativas podem, sim, trocar experiências valiosas e, nesse sentido, contribuir para uma compreensão constitucional mais democrática. Especificamente no caso analisado, a Corte Suprema acabou por reconhecer, em *Gonzales v. Carhart*, que o desenho institucional do parlamento revelou-se como mais apropriado para a consideração de questões factuais importantes para o estabelecimento de uma determinada política pública que envolve questão a respeito da qual existe significativo dissenso moral.

Feitas tais considerações à luz do pensamento e da experiência constitucional norte-americana, cumpre, agora, investigar em que medida os fenômenos analisados podem ser transpostos para a realidade político-institucional brasileira. Nesse contexto, como já se antecipou, existem duas perspectivas importantes a serem destacadas. Em primeiro lugar, pretende-se verificar, a partir do pano de fundo de sua tramitação, se a Proposta de Emenda à Constituição n. 03/2011 (PEC n. 03/2011), atualmente em apreciação perante a Câmara de Deputados, pode caracterizar uma espécie de *backlash* legislativo à postura mais criativa que vem sendo adotada pelo STF nos últimos tempos. E, em segundo lugar, serão examinados dois casos-referência já julgados pelo STF envolvendo hipótese de resposta legislativa ordinária à jurisprudência constitucional.

III. A Proposta de Emenda Constitucional n. 03/11: *backlash* político?

[27] 550 U.S. 124 (2007).

Tramita atualmente perante a Câmara dos Deputados uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC n. 03/2011) que tem por objetivo substituir a locução "Poder Executivo", constante do artigo 49, inciso V, da CRFB, pela expressão "outros Poderes", criando a possibilidade de o Congresso Nacional sustar atos normativos emanados também do Poder Judiciário. Segundo os defensores da alteração constitucional, a medida é necessária para viabilizar o controle do exercício do poder normativo especialmente no âmbito da Justiça Eleitoral e dos órgãos de Controle Externo[28].

O exame dos termos da pretendida alteração constitucional revela que a sua harmonização com a Carta de 1988 pressupõe, realmente, uma interpretação que restrinja as hipóteses de sustação apenas e tão-somente aos casos em que o poder regulamentar exorbitante tenha derivado de deslegalização ou de delegação legislativa[29], traduzindo, efetivamente, o exercício de um poder normativo de índole secundária fundado em lei.

Contudo, essa PEC – *que já teve a admissibilidade aceita pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados* – tem provocado enorme polêmica na comunidade jurídica e grande reação de parcela do poder judiciário nacional, que vislumbra na proposta a pretensão de se instaurar no Brasil mecanismo de revisão legislativa de decisões adotadas em sede de controle de constitucionalidade.

Justifica-se o receio especialmente em razão das repercussões bastante heterogêneas geradas a partir da postura mais criativa e maximalista do Supremo Tribunal Federal, que absolutamente não tem se eximido de adotar decisões em matérias moralmente sensíveis, não raro preenchendo vácuo deixado pelo próprio parlamento. Em outras palavras, nada obstante não pareça possível extrair-se tal pretensão claramente dos termos da PEC, há fundada suspeita de que se trate de uma espécie de *backlash* político decorrente de determinadas decisões polêmicas recentemente adotadas pelo STF.

Nesse sentido, digno de registro o comentário feito por **LENIO LUIZ STRECK**, que caracteriza a PEC n. 03/2001 como um "troco do Legislativo ao Judiciário"[30]. Cite-se, ainda, a nota pública divulgada em 04 de maio de 2012 pela

[28] Esse o entendimento perfilhado no parecer do Deputado Nelson Marchezan Junior, Relator da matéria no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

[29] De acordo com a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, deslegalização é a "retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*), passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*)". (**Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 122).

[30] Confiram-se os trechos mais significativos do comentário tecido pelo jurista a respeito da PEC n. 03/2001, logo após sua admissibilidade pela CCJ da Câmara dos Deputados: "Convém destacar, ainda a título introdutório, que a comunidade jurídica não tem dado a devida atenção à matéria, mantendo um distanciamento preocupante com relação à necessária crítica que deve ser desferida, já no seu nascedouro, à questão (por isso, repito a frase de uma das colunas anteriores, em uma *imitatio* de Martin Luther King: não me preocupa o pensamento geral da comunidade jurídica; o que me preocupa é o silêncio dos bons!). Refiro-me à PEC nº 3/2011, aprovada no dia 25.04.2012 pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Nos termos da proposta, quer-se dar nova redação ao inciso V do art. 49 da CF que define as competências do Congresso Nacional. A alteração modificaria a competência atribuída ao Congresso de sustar atos normativos do Poder Executivo que extrapolem sua competência regulamentar ou os limites da delegação legislativa. O novo texto substituiria a expressão "Poder Executivo" por "Outros Poderes", deferindo ao Legislativo a possibilidade de sustar atos decisórios do Poder Judiciário que adentrem na seara da inovação legislativa "criando" (sic) uma regra jurídica

Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, por meio da qual repudia a intenção de interferência do legislativo no judiciário. De acordo com a nota:

> (...) a PEC 03/2011, que tem o objetivo aparente de apenas 'sustar' (sic) atos normativos dos outros poderes', inclusive do Poder Judiciário, politicamente tem a real e verdadeira intenção de cassar decisões judiciais que desagradem segmentos político-hegemônicos contrariados em seus interesses econômicos, filosóficos, religiosos ou tendências morais apoiadas no Poder Legislativo (como noticiado pela imprensa), e representaria, ao fim e ao cabo, dura e inadmissível quebra dos valores democráticos tão caros à sociedade, bem como do próprio sistema de tripartição de poder e autonomia do Judiciário, com ferimento ao próprio regime de liberdades[31].

As incertezas geradas com a apresentação da PEC n. 03/2011 decorrem não tanto do seu efetivo teor – *que, a bem da verdade, não faz menção à sustação de decisão judicial* –, mas principalmente do contexto político e dos debates que permearam sua formulação perante a Câmara dos Deputados, evidenciando certo desconforto de parte do poder legislativo com decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O incômodo, aliás, encontra-se explicitado no próprio parecer[32] aprovado pela CCJ em 25 de abril de 2012. Segundo o entendimento que prevaleceu no âmbito da Comissão, a PEC n. 03/11 não se relaciona com a atividade típica do poder judiciário, "versando exclusivamente sobre atos normativos (atividade atípica e, portanto, de natureza não jurisdicional) dos outros poderes, especialmente aqueles emanados pelos órgãos do poder judiciário, que possam ter extrapolado os limites da legalidade". Mas, ao final do parecer, embora negando que tal seja o norte da proposta, é feito o seguinte registro:

> Ainda que se aponte a crise da representatividade política dos Parlamentos como uma das causas do ativismo judicial, não pode o próprio Congresso nacional abdicar do zelo por sua competência legislativa.
> Embora não seja o escopo da PEC em exame, não podemos nos furtar a observar que o Poder Judiciário – mormente no exercício do controle de constitucionalidade –, tem deixado de lado o tradicional papel de legislador negativo para atuar como vigoroso legislador

---

nova. Efetivamente, nada é gratuito. Não é difícil perceber que esse sucesso inicial da referida PEC na CCJ da Câmara representa um sintoma da patologia que vem se alastrando no Judiciário brasileiro. Trata-se de um "troco" do Legislativo ao Judiciário... Sintomas, à evidência, do "estado de natureza interpretativo" que se estabeleceu no Judiciário de *terrae brasilis*, onde cada um decide como quer, inventam-se princípios, aplicam-se teses sem contexto, além da "escolha" que Tribunais fazem acerca de "cumprir a lei ou não cumprir a lei"... Isso para dizer o mínimo." Disponível em: http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal. Acesso em 29 de outubro de 2012.

[31] Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/nota-juizes-trabalho-repudiam-pec-limita-poder-judiciario. Acesso em 19 de julho de 2012.

[32] O parecer aprovado pela CCJ é de autoria do Deputado Nelson Marchezan Junior.

> positivo. Tal fato atenta contra a democracia e as legítimas escolhas feitas pelo legislador.
> Não deve o Poder Legislativo consentir com a tese de que a Suprema Corte representa um 'arquiteto constitucional' com poderes de, por meio de suas decisões ativistas, 'redesenhar' outras instituições e a própria Constituição.
> Não obstante tais constatações fáticas, a presente PEC, como já frisado, tem como alvo direto o eventual abuso do poder normativo delegado a outros poderes. Por essa razão, não cabe, nesta análise, tecer considerações adicionais a respeito de soluções para outras facetas do ativismo judicial.

Ora, é fora de dúvida que uma interpretação da PEC n. 03/11 que venha a minimamente legitimar a instauração de uma revisão política de decisões judiciais esbarraria, frontal e inequivocamente, na cláusula pétrea da separação funcional de poderes. Embora até existam experiências nesse sentido em outras comunidades jurídicas[33], o fato é que o modelo constitucional de 1988 não alberga tal possibilidade.

Porém, o desconforto do poder legislativo diante de decisões adotadas em sede de *judicial review* lança luzes sobre o histórico conflito entre a supremacia legislativa e a supremacia judicial e os possíveis arranjos institucionais que contemplam uma maior interlocução entre tais poderes constituídos. Registre-se, por exemplo, a posição defendida por **MARK TUSHNET** no sentido da adoção de um *judicial review* do estilo "fraco" (*weak-form judicial review*), de acordo com o qual o poder judiciário pode examinar a constitucionalidade de leis e atos do poder público, mas não tem competência para emitir declarações de inconstitucionalidade e ou para ditar a última palavra em interpretação constitucional. A última palavra, de acordo com o autor, deve permanecer com a legislatura[34].

Nesse contexto, o modelo adotado em 1982 pela Carta de Direitos e Liberdades do Canadá é usualmente apontado como construção que claramente vislumbra a possibilidade de o parlamento impor-se perante o judiciário em matéria de interpretação de direitos fundamentais com *status* de lei suprema. Com efeito, é a disposição contida na Seção 33 da Carta Canadense – conhecida como *notwithstanding clause* ou "cláusula não obstante" – que expressamente rejeita a característica peculiar dos modelos inspirados no constitucionalismo norte-

[33] A propósito, noticia Stephen Gardbaum: "Entre 1982 e 1998, três países da Comunidade Britânica, o Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido – países que estiveram anteriormente entre os últimos bastiões democráticos da supremacia legislativa tradicional – adotaram declarações de direitos e garantias que se afastavam de maneira autoconsciente do modelo norte-americano e buscavam reconciliar e equilibrar as reivindicações opostas para criar um meio termo entre elas, em vez de adotar uma transferência indiscriminada de um pólo para o outro. De modo mais notável, embora concedam aos tribunais o poder de proteger direitos, eles desvinculam o controle de constitucionalidade da supremacia judicial ao dar poderes aos parlamentos de terem a última palavra". (O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp.159-221).

[34] TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights:** judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

americano de que a decisão do poder judiciário é final e não tem como ser revertida ordinariamente pelo legislativo[35].

De acordo com a mencionada cláusula "não obstante", o parlamento ou o legislativo de uma província pode simplesmente recusar que uma lei aprovada seja objeto de revisão judicial, imunizando-a pelo prazo inicial de cinco anos, passível de renovação pelas legislaturas subsequentes[36]. Além disso, em conjugação com a Seção 1 da Carta[37], cria-se uma espécie de "válvula de escape constitucional" considerada importante para se superar o déficit democrático da revisão judicial, permitindo que o poder legislativo corrija decisões emanadas das cortes judiciais com as quais não esteja de acordo[38].

Recorrendo novamente à classificação proposta por **MARK TUSHNET**, o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano é, inequivocamente, um modelo forte (*strong-form judicial review*), caracterizado especialmente pela existência de poucos recursos aptos contornar uma decisão adotada pela Corte em matéria constitucional que divirja do entendimento perfilhado pela maioria dos seus destinatários[39]. De outro lado, o modelo canadense associa-se claramente à forma fraca de revisão judicial (*weak-form judicial review*), que parte da ideia básica de fornecer mecanismos mais ágeis e eficazes para que os diversos atores sociais e políticos possam responder a decisões judiciais que considerem equivocadas.

Eis a diferença principal identificada pelo próprio **MARK TUSHNET**:

> *Under a strong-form system like that emerging from the U. S. Supreme Court's decisions, the tension between judicial enforcement of constitutional limitations and democratic self-*

[35] GARDBAUM, Stephen. Artigo citado, p. 178.

[36] A Seção 33 da Carta Canadense estabelece que o Parlamento ou a legislatura de uma província pode expressamente declarar que uma lei deve ser aplicada, por um período renovável de cinco anos, nada obstante a sua inconsistência com um grande número de previsões estabelecidas em outras seções da própria Carta. Veja-se: "***33****. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)*".

[37] A Seção 1 da Carta Canadense estabelece que os direitos e liberdades nela previstos encontram-se assegurados, sujeitando-se apenas às limitações razoáveis prescritas por lei e que possam ser justificadamente demonstradas em uma sociedade livre e democrática. Confira-se: "**1.** The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

[38] BATEUP, Christine. Artigo citado, p. 13.

[39] Nesse mesmo sentido, destaca David A. Strauss: "*A decision about the meaning of the Constitution, by contrast, cannot be reversed by Congress or a state legislature; it can only be undone if the courts change course, or if the Constitution is formally amended, an exceptionally difficult process*". Em tradução livre da autora para o português, tem-se: "Uma decisão sobre o significado da Constituição, ao contrário, não pode ser revertida pelo Congresso ou pela legislatura estadual; ela somente pode ser desfeita se as cortes modificarem seu curso ou se a Constituição for formalmente emendada, em um processo extremamente difícil". (STRAUSS, David. A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010, kindle edition, posição 726).

> *government is obvious. The people have little recourse when the courts interpret the Constitution reasonably but, in the reasonable alternative view of a majority, mistakenly. We can amend the Constitution, or wait for judges to retire or die and replace them with judges who hold the better view of what the Constitution mean.*
> *Weak-systems of judicial review hold out the promise of reducing the tension between judicial review and democratic self-governance. The basic idea behind weak-form review is simple: weak-form judicial review provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than constitutional amendment or judicial appointment processes.*
> *(…) in weak-forms systems, judicial interpretations of constitutional provisions can be revised in the relatively short-term by a legislature using a decision rule not much different from the one used in the everyday legislative process*[40]*.*

Como se percebe a partir da exposição do debate no direito comparado, a questão de fundo que se encontra subjacente aos debates travados em torno da PEC n. 03/11 é extremamente atual e polariza legislativo e judiciário. Na experiência constitucional brasileira, até algum tempo atrás, não era comum que os parlamentares desafiassem decisões adotadas em sede de controle de constitucionalidade pelo STF. Normalmente, ao invés de se insurgir contra as decisões declaratórias de inconstitucionalidade, o legislativo buscava editar uma nova legislação que contemplasse a visão da Corte a respeito do tema, caminhando, pois, no sentido da deferência ao *judicial review*[41].

Embora o arranjo institucional formulado pelas Seções 1 e 33 da Carta de Direitos e Liberdades Canadense ou o *weak-form judicial review* possam parecer muito distantes da realidade constitucional brasileira, é interessante constatar que já houve expediente bastante similar contemplado no constitucionalismo nacional, com o objetivo cristalino de limitar o poder da Corte Suprema e viabilizar que as esferas políticas de poder desafiassem decisões

[40] **Weak Courts, Strong Rights:** judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Obra citada, pp. 22-24. Traduzindo livremente para o português, tem-se: "No sistema *strong-form* como aquele adotado pelos Estados Unidos, a distinção entre a execução judicial das limitações constitucionais e o autogoverno democrático é óbvia. O povo tem poucos recursos quando as cortes interpretam a Constituição de forma razoável, mas que, na visão alternativa também razoável da maioria, é equivocada. Nós podemos emendar a Constituição ou esperar que juízes se aposentem ou que venham a falecer e substituí-los por juízes que tenham uma visão melhor daquilo que a Constituição significa. Sistemas *weak-form* prometem reduzir a tensão entre o controle de constitucionalidade e o autogoverno democrático. A ideia básica é simples: providenciar mecanismos para que o povo possa responder a decisões que ele razoavelmente considera equivocadas de forma mais ágil do que o processo de emenda ou se substituição de magistrados. (...) Nos sistemas *weak-form*, a interpretação judicial das previsões constitucionais pode ser revisada em relativo curto-prazo pela legislatura por meio de processo decisório que não se diferencia muito daquele utilizado no processo legislativo rotineiro."

[41] Como exemplo de postura legislativa de deferência ao *judicial review*, pode-se citar a edição da Lei n. 11.464/2007, que estabeleceu parâmetros para a progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos. A alteração legislativa foi decorrência direta da evolução jurisprudencial na matéria que, revisitando o princípio da individualização da pena, considerou inconstitucional a norma que vedava a progressão de regime (redação original do artigo 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90).

judiciais sobre significado constitucional. Tratava-se do instituto previsto no artigo 96 da Carta de 1937, o qual, logo após estabelecer a cláusula de reserva de plenário, admitia que ato legislativo suspendesse decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Confira-se:

> Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.
> Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Como registra **GILMAR FERREIRA MENDES**[42], a origem desse instituto foi justificada precisamente pelas desconfianças dirigidas ao pretenso caráter contramajoritário da jurisdição constitucional e teve por inspiração a prática constitucional norte-americana de edição de leis de cunho corretivo, ou seja, a prática relativamente presente na experiência americana que busca contornar decisões da Corte Constitucional mediante edição de ato legislativo ou aprovação de emenda à Constituição.

A fórmula consagrada na Carta de 1937 não encontra acolhida minimamente remota no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Mas, como se passa a analisar, o expediente que lhe serviu de inspiração tem tido aplicação prática relativamente crescente e, ainda que por via transversa, vem instaurando relevante diálogo entre legislativo e judiciário na interpretação constitucional.

Com efeito, a resposta legislativa à jurisprudência constitucional tem sido mais recorrente no Brasil e há importantes precedentes abordando o tema, os quais serão objeto de exame detalhado no próximo tópico deste trabalho. Em antecipação, porém, os questionamentos que permeiam o fenômeno da reação legislativa em matéria de interpretação constitucional podem ser listados conforme a proposta de **MARK TUSHNET**, em sua obra *Taking the Constitution Away from the Courts*. Em síntese, suas provocações são:

> *Can Congress overrule a Supreme Court decision by an ordinary statute? Should the Court's constitutional interpretations prevail over alternative interpretations offered by Congress? (…). What may Congress do when the Court decides a case in a way that large majorities think profoundly wrong-headed?*[43]

[42] O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, n. 134, abr./jun.1997, p 16.

[43] TUSHNET, Mark. Obra citada, página 89. Tradução livre da autora: "Pode o Congresso superar uma decisão da Suprema Corte por meio de legislação ordinária? Devem as interpretações constitucionais da Corte prevalecer sobre interpretações alternativas oferecidas pelo Congresso? (...). O que pode o Congresso fazer quando a Corte decide um caso em sentido que a maioria considera profundamente equivocada?"

A resposta a tais indagações, conforme o caso, pode sinalizar o predomínio de uma espécie de atitude autoconfiante e autoritária da corte em relação ao seu próprio papel[44] ou, inversamente, pode revelar postura de humildade judicial que não se nega a ouvir, a aprender e a, talvez, rever suas concepções a partir de novos argumentos e posições adotados por outras esferas decisórias[45].

IV. A reação legislativa em matéria constitucional no Brasil: análise de dois casos-referência apreciados pelo STF

Como já se evidenciou, a premissa teórica que norteia o presente trabalho parte da afirmação de que instâncias não-judiciais exercem papel fundamental e destacado em matéria de interpretação constitucional. E mais do que isso: no que concerne especificamente ao impasse democrático derivado do exercício do controle de constitucionalidade, parece claro que o reconhecimento da capacidade das instâncias políticas de responderem a decisões judiciais com as quais não estejam de acordo é um avanço importante para atenuar críticas contramajoritárias dirigidas ao *judicial review*.

À luz do modelo constitucional brasileiro de 1988, fortemente baseado na supremacia judicial da interpretação constitucional, a resposta do legislativo a uma decisão do STF em matéria constitucional demanda, via de regra, a atuação do poder constituinte derivado, por meio da aprovação de emenda à Constituição. Assim, o Congresso Nacional manifesta sua divergência para com a interpretação conferida pelo STF a uma norma mediante a reforma do próprio parâmetro de controle, com a ressalva de que tal expediente apenas se revela possível nos casos em que não haja qualquer cláusula pétrea envolvida.

A esse respeito, menciona-se a doutrina de **LUIS ROBERTO BARROSO**:

> Salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso nacional, no exercício do seu poder constituinte derivado. De fato, discordando o Poder Legislativo da inteligência dada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional, poderá sempre emendá-la, desde que

[44] Ao fundamentar seu ceticismo em relação ao *judicial review* nos Estados Unidos, Mark Tushnet aduz que "a Suprema Corte tem uma atitude autoritária em relação a seu próprio papel. Ao menos desde 1958, e talvez desde o princípio, a Suprema Corte tem afirmado que o povo dos Estados Unidos deve aceitar as decisões da própria Corte como a palavra final sobre o que a Constituição significa para todo o povo, não somente com respeito a casos específicos nos quais os direitos de uma pessoa estão sendo discutidos". (Ceticismo sobre o *judicial review*:uma perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp.238-239).

[45] Essa humildade judicial encontra-se bem capturada na ideia formulada pelo Justice Learned Hand, citado por Cass Sunstein, ao comentar que o espírito de liberdade é aquele espírito que não tem muita certeza de que está certo e que, portanto, questiona-se constantemente. É o espírito que deve conduzir os juízes em caso de desacordos sobre questões fundamentais, levando-os a admitir a existência, em suas mentes, de uma voz que adverte "posso estar equivocado". (SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right–wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005).

> seja capaz de preencher o quorum de três quintos dos membros de cada casa, observando os demais requisitos do processo legislativo próprio (CF, art. 60 e parágrafos)[46].

A circunstância de, no Brasil, tradicionalmente ser exigida a aprovação de emenda constitucional para contornar-se uma decisão do STF a respeito do significado da Constituição evidencia a adesão ao ***strong-form judicial review***, precisamente no estilo da concepção norte-americana que claramente distingue a atuação do juiz que exerce jurisdição constitucional e a do magistrado que aplica a lei ordinária. Como bem registra **ALEXANDER BICKEL**[47], no último aspecto, os juízes aproximam-se, de certa forma, de servidores públicos cujas decisões podem ser facilmente revertidas por qualquer maioria legislativa.

De outro lado, no que toca ao exercício da jurisdição constitucional, a situação é bem diversa. O *judicial review* pressupõe o poder de aplicar e construir a Constituição contra a vontade de maiorias legislativas e, como resultado, tais maiorias ostentam menor poder para afetar a decisão judicial interpretativa da Constituição.

Nessa linha de raciocínio, algumas emendas à CRFB foram aprovadas precisamente com o objetivo de contornar a posição firmada pelo STF em determinada matéria constitucional. A título exemplificativo, podem ser lembradas as Emendas n.os 19/98, 29/2000 e 39/2002, todas elas provocando alteração do texto constitucional em resposta a posicionamentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal.

Por meio da Emenda Constitucional n. 19/98, conhecida como "reforma administrativa", o legislador constituinte derivado claramente pretendeu revisitar a interpretação conferida pelo STF à abrangência do denominado teto remuneratório do funcionalismo público. Isso porque, de acordo com a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal no julgamento da ADI n. 14[48], não deveriam ser computadas, para fim de aferição do teto previsto no artigo 37, inciso XI, da CRFB, as vantagens de caráter pessoal. Em resposta, a Emenda Constitucional n. 19/98, dentre outras providências, alterou a norma para deixar expresso que as referidas vantagens de índole pessoal incluem-se no limite máximo remuneratório.

Da mesma forma, a Emenda n. 29/2000 traduziu inequívoca reação legislativa à jurisprudência firme do STF no sentido da inconstitucionalidade de alíquotas progressivas de IPTU que levassem em consideração a capacidade econômica do contribuinte. De acordo com o pacífico entendimento da Corte, sendo o IPTU um imposto de natureza real, a progressividade de suas alíquotas não poderia decorrer de critérios atinentes à capacidade econômica do contribuinte, admitindo-se a progressividade apenas para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade (à luz do artigo 182, §4º, inciso II, da CRFB).

---

[46] **Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 96.

[47] Obra citada, p. 20.

[48] STF, ADI n. 14, Relator Ministro Célio Borja, julgada em 13.09.1989.

Em resposta a essa jurisprudência constitucional, o Congresso Nacional aprovou a Emenda n. 29/2000, que expressamente passou a admitir a progressividade do IPTU em razão do valor do imóvel, bem como o estabelecimento de alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e o uso do imóvel. Aqui, mais uma vez, o legislador fez prevalecer sua interpretação promovendo a alteração da Constituição.

Por fim, também a Emenda Constitucional n. 39/2002 pretendeu reverter um posicionamento do STF, novamente em matéria tributária. Tratava-se, dessa vez, de descontentamento com os precedentes – *sumulados no Enunciado n. 670*[49] – do Tribunal que rejeitavam a possibilidade de o serviço de iluminação pública ser custeado por meio de taxa. Como forma de contornar o entendimento consolidado, aprovou-se a referida emenda que expressamente passou a contemplar a possibilidade de instituição de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública – *em franca reação à jurisprudência constitucional que considerava que o serviço deveria ser suportado por meio da receita de impostos*.

Essa última emenda "corretiva" chegou a ser considerada inconstitucional pelo Ministro Marco Aurélio, em voto vencido, no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral n. 673.675/SC[50]. Após evidenciar que a "causa da emenda não foi outra senão o verbete n. 670 da Súmula do Supremo", o Ministro afirmou a sua inconstitucionalidade por afastar cláusula pétrea relativa à garantia dos contribuintes.

Ora, nos três casos citados, o legislador constituinte derivado buscou contornar a interpretação judicialmente conferida a uma norma constitucional e, desde que não se atinjam cláusulas pétreas, o expediente é aceito sem maiores resistências[51].

Porém, a reação legislativa encontra maiores obstáculos quando resulta da vontade do legislador ordinário. E, sob essa perspectiva, existem dois casos emblemáticos apreciados pelo STF, com desfechos totalmente distintos.

O primeiro deles encontra-se materializado no julgamento da ADI n. 2.797/DF, ocorrido em setembro de 2005, em que se questionava a constitucionalidade da Lei Federal n. 10.628/2002, ao acrescentar os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal.

[49] Enunciado 670 do STF: "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa".

[50] Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 25.03.2009.

[51] Exatamente o mesmo fenômeno está em vias de se reproduzir no que diz respeito à exigência de diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão. Com efeito, a PEC n. 03/2009, já aprovada em primeiro turno no Senado Federal, pretende incluir o artigo 220-A ao texto Constitucional para considerar que o exercício da profissão de jornalista é privativo do portador de diploma de curso superior de comunicação social, com habilitação em jornalismo. A PEC traduz clara tentativa de neutralizar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2009, que considerou não-recepcionada pela Constituição de 1988 a norma que veiculava idêntica exigência constante do artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei n. 972/69 (STF, RE 511.961/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 17.06.2009).

A lei impugnada na referida ação direta teve por objetivo estabelecer que a competência por prerrogativa de foro, relativa a atos administrativos do agente, prevaleceria ainda que o inquérito ou a ação penal tivessem início após a cessação do exercício da função pública. Pretendia o legislador, de maneira inequívoca, insurgir-se contra o cancelamento do Enunciado n. 394 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 25 de agosto de 1999[52], e restaurar a interpretação da matéria até então vigente na Corte Constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão adotada por maioria[53], considerou a lei inconstitucional, destacando que veiculava "pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição". E mais: registrou-se expressamente que "admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador**".** Confiram-se os trechos mais significativos da ementa:

> Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: **pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada**. 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui **evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394** por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. **Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.** 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional **para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final**

[52] STF, Inq. 687-QO, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 25.08.1999. O enunciado cancelado em tal oportunidade tinha o seguinte teor: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

[53] STF, ADI 2.797/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 15.09.2005. Ficaram vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

> **da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.** (Grifou-se).

Não se tem a pretensão, nesta oportunidade, de perquirir se a decisão final do STF revelou-se, no caso, a mais acertada ou não. Esse não é, absolutamente, o escopo deste trabalho e é importante sublinhar que a referência feita ao julgado acima tem como preocupação, apenas e tão somente, a discussão suscitada em torno do reconhecimento da **inconstitucionalidade formal** da lei que pretendia neutralizar a anterior decisão que cancelara o Enunciado n. 394.

Feita a ressalva, percebe-se claramente que a Suprema Corte, ao considerar que a resposta legislativa ao cancelamento do Enunciado n.º 394 seria formalmente inconstitucional por usurpar sua própria competência para interpretar, em caráter final, a Constituição, acabou por impedir que o Congresso Nacional também participasse da busca pelo significado constitucional e rechaçou a tentativa de diálogo então instaurada, repelindo-a *ab initio* com a reafirmação da supremacia judicial.

A postura adotada pelo STF em tal julgado evidencia impulso juriscêntrico da Corte, uma vez se autocoloca como a intérprete final da Constituição e nega ao legislativo e ao executivo a possibilidade de oferecerem qualquer outra interpretação do texto constitucional que difira do entendimento fixado judicialmente. Ou seja, essa linha de raciocínio – *que rechaça a alteração legislativa por razões de índole formal, sem sequer ingressar na discussão de mérito* – considera que a interpretação do STF equivale literalmente ao que a Constituição afirma; e, assim, qualquer outro entendimento busca, em verdade, alterar a própria Constituição – *e não o que o STF disse que a Constituição afirma*[54].

O outro caso emblemático sobre o tema foi apreciado em outubro de 2008, quando do julgamento da ADI 3.772/DF, ajuizada contra o artigo 1º da Lei Federal n. 11.301/06.

Pois bem. Por meio da edição da referida lei, buscou o legislador ordinário reverter o entendimento firmado pelo STF a respeito dos requisitos necessários para a caracterização do direito à aposentadoria especial no magistério prevista nos artigos 40, §5º, e 201, §8º, ambos da CRFB.

De acordo com a interpretação conferida pelo STF aos mencionados dispositivos constitucionais, para o efeito de aposentadoria especial de professores, não se podia computar o tempo de serviço prestado fora de sala de aula – *orientação consolidada no Enunciado n. 726, aprovado em 2003.* O legislador

[54] TUSHNET, Mark. Artigo citado, p. 240.

ordinário, porém, manifestou seu inconformismo com tal interpretação ao aprovar a Lei n. 11.301/06, vindo a ampliar o regime especial de aposentadoria para os exercentes de funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico.

É fora de dúvida que, à semelhança da Lei n. 10.628/02, a Lei n. 11.301/06 também foi produto de uma reação do legislador ordinário à jurisprudência firmada pelo STF em matéria constitucional, buscando reverter a leitura da Corte a respeito dos requisitos para a aposentadoria no magistério.

O interessante é que, bem ao contrário do que ocorreu no julgamento da ADI 2.797/DF, o STF, ao apreciar a ADI n. 3.772/DF – *oferecida contra a Lei n. 11.301/06* –, comportou-se de maneira totalmente diversa, vislumbrando na postura do legislador uma provocação para debater e evoluir na interpretação constitucional. E, como resultado, acabou prevalecendo uma interpretação que efetivamente reconsiderou o que se deve entender por "funções de magistério" para fins de aposentadoria especial[55].

A postura do STF nesse último caso revela preocupação bem mais consistente com a dimensão democrática do controle de constitucionalidade e não parte pura e simplesmente da concepção exclusivista e monopolizada da interpretação constitucional. Inversamente, o Supremo Tribunal Federal engajou-se no diálogo instaurado a partir da resposta legislativa ao entendimento judicial fixado anteriormente e reconheceu voz ativa ao legislador no debate constitucional, sem sequer cogitar da ocorrência de vício de forma.

A resolução desse segundo caso-referência alinha-se com um modelo de diálogo institucional preconizado por **JANET HIEBERT** à luz do contexto da Carta Canadense de 1982, identificado pela categoria de *partnership model of dialogue*. Esse modelo argumenta que as Cortes de Justiça podem ativamente aprender com as diferentes perspectivas sustentadas pelas legislaturas. Nesse sentido, segundo entende a autora, o poder legislativo posiciona-se em situação de vantagem no endereçamento de questões relacionadas a objetivos políticos, tendo em vista seu acesso a recursos e *expertise* próprios das esferas políticas do governo. Ao contrário das decisões judiciais, decisões políticas são baseadas em *expertise*, informações e dados relevantes, julgamentos anteriores e experiências comparadas. Daí porque sustenta a autora a importância do diálogo levado a efeito pelo legislativo e judiciário, advogando que cada uma dessas instâncias deve ter um

[55] STF, ADI 3.772/DF, Relator Ministro Carlos Britto, Relator para Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 29.10.2008. Eis a síntese do que restou decidido: "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II - As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal. III - Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra."

grau de modéstia e humildade a respeito de suas próprias conclusões e ouvir e aprender com as perspectivas trazidas por seu interlocutor[56].

De fato, o resultado totalmente distinto dos dois casos-referência analisados evidencia o equívoco de qualquer concepção que, de maneira apriorística e inflexível, rejeite a correção legislativa pela via ordinária. Afinal, o exemplo trazido no julgamento da ADI 3.772/DF demonstra que aquela pode ser um adequado instrumento para instaurar o diálogo entre legislativo e judiciário em matéria de interpretação constitucional e, nesse sentido, oferecer relevante contribuição para a democratização do *judicial review*.

Não parece legítimo, portanto, simplesmente coarctar a atuação legislativa e presumir, antecipadamente, que toda e qualquer lei "corretiva" será inevitavelmente inconstitucional por contrariar a "última palavra" ditada pela Corte Constitucional. Muito pelo contrário, se o legislador ordinário manifesta divergência com a interpretação conferida pelo STF em determinado tema constitucional, essa circunstância não pode ser, de plano, ignorada, merecendo ser encarada como uma forma de se fazer instaurar uma dialética que atue em prol do desenvolvimento do direito constitucional.

A compreensão ora preconizada acerca do fenômeno da reação ou da resposta legislativa à jurisprudência constitucional busca enfatizar o potencial construtivo que divergências interpretativas naturalmente apresentam e, nesse sentido, procura maximizar a dinâmica dialógica da jurisdição constitucional criando espaços que propiciem a formulação de melhores respostas para as questões constitucionais, combinando as perspectivas de variados atores de forma a se alcançar equilíbrio em relação ao significado constitucional.

A esse propósito, registra **CHRISTINE BATEUP**:

> *While the Court places checks on the other branches through the exercise of judicial review, political checks can also be placed on the Court when political actors disagree with its interpretation of the Constitution. This system of mutual checks is important as it is possible for all the branches of government, including the Court, to reach unconstitutional results. Given that decisions of the Court are open to scrutiny and challenge by other public officials, judicial decisions are not final; "at best, [they] momentarily resolve the dispute immediately before the Court." Direct challenges come in such forms as refusals to comply, refusals to enforce, and threats to pack the Court. Congress and state legislatures can also generate more subtle challenges by enacting statutes that defy or test the limits of judicial interpretations. (…).In such circumstances, the Court may revise and perhaps reverse previous decisions, thereby allowing the constitutional interpretations of other branches to become authoritative*[57].

[56] **Charter's Conflicts: what's the parliament's role**? Québec: Mc. Gill-Queens University Press, 2002. *Apud* BATEUP, Christine. Artigo citado, pp.72/73.

[57] Artigo citado, p. 35. Traduzindo livremente para o português, tem-se: "Enquanto a Corte exerce seu controle sobre os demais poderes por meio do *judicial review*, o controle político também pode ser exercido sobre a Corte quando atores políticos divergem da sua interpretação sobre a Constituição. Esse sistema de mútuo controle é

De fato, reconhecer que juízes e legisladores ostentam condições de partilhar a interpretação constitucional de maneira dialógica, mediante o estabelecimento de uma relação consideração recíproca para o exercício de tal responsabilidade, representa grande avanço em termos interpretativos e de busca por efetividade da Constituição. E assim o é não apenas porque tais instâncias encontram-se situadas institucionalmente de maneira diversa, mas também porque cada uma delas pode trazer perspectivas distintas e valiosas para os conflitos constitucionais exatamente em função dessas características e responsabilidades institucionais distintas[58].

V. Conclusão

A interpretação constitucional não é, e não pode ser, monopolizada pelas cortes de justiça. Sem sombra de dúvida, os órgãos do Poder Judiciário – *e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição* – protagonizam o controle de constitucionalidade e a interpretação constitucional no Brasil, mas é fundamental que não se perca de vista que tais tarefas também se exercem extrajudicialmente, por instâncias decisórias que têm muito a contribuir para o fortalecimento de uma cultura dialógica que só trabalha em favor da democracia.

A partir da adesão à linha teórica conhecida por **constitucionalismo democrático**, analisou-se, em um primeiro momento, o fenômeno do *backlash* e seus potenciais para a interpretação constitucional. Em seguida, procurou-se situar o debate acadêmico norte-americano no contexto brasileiro, mediante a apresentação do conflito que se instaurou com a tramitação da PEC n. 03/2011, considerada, por alguns, como uma reação ou um efeito adverso gerado pela postura mais criativa adotada recentemente pelo STF.

Por fim, ainda buscando apreciar as respostas legislativas à jurisprudência constitucional, foram examinados dois casos-referência julgados pelo STF, cujas conclusões seguiram posições diametralmente antagônicas, revelando, em uma oportunidade, impulso centralizador da corte em relação à palavra final quanto ao significado constitucional e, na outra oportunidade, humildade e abertura para participar de um diálogo dinâmico a respeito da divergência interpretativa manifestada por atores não-judiciais.

---

importante na medida em que é possível a qualquer esfera de poder, incluindo a Corte, chegar a resultados inconstitucionais. Uma vez que as decisões da Corte estejam abertas a escrutínio e a desafio por parte de outras esferas públicas, as decisões judiciais deixam de ser finais; 'na melhor das hipóteses, elas resolvem momentaneamente a disputa submetida à apreciação da Corte'. Desafios diretos podem ser colocados na forma de recusa de obediência, recusa de execução ou ameaças para enfraquecer a Corte. O Congresso e as legislaturas estaduais também podem gerar desafios mais sutis por meio da aprovação de leis que contrariam ou que testem os limites da interpretação judicial. (…). Em tais circunstâncias, a Corte pode revisar e talvez reverter suas decisões anteriores, viabilizando assim, que a interpretação constitucional promovida por outra esfera de poder venha a tornar-se a interpretação autorizada."

[58] BATEUP, Christine. Artigo citado, p. 71.

Em conclusão, o objetivo do presente trabalho foi examinar, sem pretensão exaustiva, determinadas hipóteses em que decisões judiciais adotadas em sede de controle de constitucionalidade são ou podem ser submetidas à revisão e à resposta democrática, analisando-as criticamente para extrair, em especial, suas potencialidades para o aprimoramento de fórmulas dialógicas de interpretação constitucional.

VI. Bibliografia

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATEUP, Christine. **The Dialogical Promise**: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. New York University School of Law: Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper n. 05-24, November 2005. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=852884. Acesso em 13 de setembro de 2012.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: the Supreme Court at the bar of Politics. Binghampton: Vail-Ballou Press, 1986.

GARDBAUM, Stephen. O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp.159-221.

HOWARD, E. Dick. La Concéption Mécaniste de la Constitution. In: TROPER, M; JAUME, L. (Orgs.). **1789 et l'invention de la constitution.** Paris: Éditions Bruylant, 1994, pp. 153-173).

KRAMER, Larry D. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Traducción de Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MELO, Marcus. Constitucionalismo e ação racional. In: **Lua Nova Revista de Cultura e Política.** São Paulo: CEDEC, n.º 44, 1998, pp. 55-79.

MENDES, Gilmar ferreira**. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 134, abr./jun.1997.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. **Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash**. Faculty Scholarship Series. Paper 169 (2007). Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169. Acesso em 15 de agosto de 2012.

STRAUSS, David. A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

SULTANY, Nimer. **The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification**. Harvard

Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 47, p. 382. Disponível em: http://ssrn.com/abstract =2132397. Acesso em 04 de setembro de 2012.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. **Radicals in robes**: why extreme right –wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005.

_____**. A Constitution of Many Minds:** why the founding document doesn't mean what it meant before? Princeton: Princeton University Press, 2009.

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao *Judicial Review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp.93-157.

WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history**. Princeton: Princeton University Press, 2007.

THAYER, James Bradley. The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, vol. 07, n. 03, 1893, pp. 129-156. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1322284. Acesso em 17 de setembro de 2012

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. **Weak Courts, Strong Rights:** judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

_____. Ceticismo sobre o *judicial review*: uma perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

WILLEMAN, Marianna Montebello. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO, BACKLASH E RESPOSTA LEGISLATIVA EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 33, janeiro/fevereiro/março de 2013. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-33-JANEIRO-2013-MARIANA-WILLEMAN.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.