

EMENDA CONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO: A POTENCIAL MODERAÇÃO DAS CRÍTICAS AO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

¹Jairo Néia Lima
²Rubens Beçak

RESUMO

A partir das críticas ao controle de constitucionalidade feitas pelo constitucionalismo político de Richard Bellamy e Jeremy Waldron, demonstra-se que eles não excluem absolutamente as cortes constitucionais, mas aceitam mecanismos de respostas legislativas, nas quais não se incluíam as emendas constitucionais. Conclui-se que o alto número de emendas constitucionais no Brasil não mitiga as críticas ao controle de constitucionalidade, pois a estrutura analítica da Constituição Federal impõe mudanças constantes, que não alteram necessariamente a substância do Estado brasileiro. Ademais, a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre emenda constitucional demonstra que o julgamento da corte pode se sobrepor à resposta legislativa.

Palavras-chave: Cortes Constitucionais. Respostas legislativas. Interpretação constitucional. Desenho institucional. Supremacia judicial.

CONSTITUTIONAL AMENDMENT AND POLITICAL CONSTITUTIONALISM: THE POTENTIAL MITIGATION OF CRITIQUES ON JUDICIAL REVIEW

ABSTRACT

The criticisms toward judicial review from Richard Bellamy and Jeremy Waldron's political constitutionalism approach demonstrate that they do not exclude constitutional courts entirely, as they accept mechanisms of legislative responses, except constitutional amendments. This paper concludes that the high number of constitutional amendments in Brazil does not mitigate judicial review critiques. The extensive structure of the Brazilian Constitution imposes frequent changes, which do not modify its essence. Furthermore, the possibility of judicial review over constitutional amendments represents that constitutional court could overrule legislative response.

Keywords: Constitutional Courts. Legislative responses. Constitutional interpretation. Institutional design. Judicial supremacy.

¹ Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP, São Paulo (Brasil). Pesquisador visitante na Universidade de Glasgow - Glasgow (Escócia). E-mail: jaironlima@yahoo.com.br

² Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP, São Paulo (Brasil). Professor Associado pela Universidade de São Paulo – USP, São Paulo (Brasil). E-mail: rubens.becak@gmail.com



INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do século XX, aumentou o número de governos democráticos que passaram a conviver com a existência de cortes constitucionais capazes de realizar o controle judicial de constitucionalidade das leis. Sua importância é crescente nas ordens políticas internas na medida em que suas decisões influenciam as ações dos representantes eleitos bem como de toda a sociedade. Dentre as diversas atribuições conferidas às cortes constitucionais, pode-se destacar a função principal de zelar pelo respeito aos direitos fundamentais dos atos normativos dos demais poderes. Sob essa justificativa, o controle judicial de constitucionalidade tem exercido relevantes avanços na proteção de grupos minoritários, ou seja, aqueles não suficientemente representados nas instituições legislativas, principalmente.

Por outro lado, há uma corrente teórica que alerta para o conflito democrático presente na raiz do controle de constitucionalidade. Isso porque esse mecanismo possibilita que as decisões provindas dos legisladores eleitos, por exemplo, sejam afastadas da ordem jurídica por autoridades públicas sem a mesma legitimidade democrática. Ressalve-se que a afirmação de que não têm a mesma legitimidade democrática quer dizer apenas que não são eleitos e sujeitos a *accountability* eleitoral. Há várias outras formas de se pensar a legitimidade democrática dos juízes constitucionais, todavia esse não será o objeto do presente trabalho.

Dentre as diversas vertentes possíveis, o presente trabalho opta por apresentar as críticas ao controle de constitucionalidade na perspectiva do constitucionalismo político de Richard Bellamy e Jeremy Waldron. Tal escolha reside no fato de que esses autores apresentam as principais fragilidades que o controle de constitucionalidade enfrenta quando analisado à luz da democracia e do tratamento equânime de todos os cidadãos. Apesar disso, o texto pretende mostrar que o constitucionalismo político não exclui totalmente o exercício do *judicial review* pelas cortes constitucionais, pois tal linha de pensamento é compatível com mecanismos de controle em que o Poder Legislativo possa exercer maior influência na interação com o Poder Judiciário em torno do sentido das normas constitucionais.

Diante do fato de que a emenda constitucional se consubstancia em uma modalidade em que a interpretação constitucional é compartilhada entre os parlamentos e as cortes, questiona-se: em que medida a emenda constitucional serve para atenuar as críticas ao



controle judicial de constitucionalidade? O objetivo principal do trabalho reside, portanto, em demonstrar o papel que a emenda constitucional desempenha no constitucionalismo político e na jurisdição constitucional brasileira para se verificar, ao final, a resposta ao problema proposto.

Para realizar tal intento, elaborou-se pesquisa explicativa a partir de análise bibliográfica dos principais textos dos autores de referência. Inicialmente, há uma descrição em torno da ideia de controle de constitucionalidade. Em seguida, o texto, com base em uma leitura analítica, expõe os contornos teóricos e as lacunas do constitucionalismo político. Ao final, a emenda constitucional é analisada sob as lentes do constitucionalismo político bem como a partir do contexto brasileiro. Por fim, entende-se que a presente pesquisa se justifica pelo fato de que os debates contemporâneos em torno da legitimidade da atuação das cortes constitucionais não se conjugaram com a análise do mecanismo da emenda constitucional. Dessa maneira, acredita-se que os argumentos levantados no texto podem contribuir para a ampliação do conhecimento sobre o objeto da pesquisa e para a teoria constitucional.

I – CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

O controle judicial de constitucionalidade das leis, tal como praticado em muitas democracias contemporâneas, tem sua origem ligada ao constitucionalismo norte-americano do final do século XVIII e início do século XIX. A gênese desse instituto não pode ser encontrada no texto expresso da Constituição dos Estados Unidos de 1787, mas decorre de uma construção jurisprudencial a partir da decisão do caso *Marbury vs. Madison* de 1803.

A criação de novos arranjos institucionais com o objetivo de solucionar problemas práticos da época corresponde a uma nota distintiva do contexto norte-americano à época. Tal forma de atuação não foi diferente quando se visualiza a emergência do *judicial review*, uma vez que surge a partir da decisão de uma disputa política que havia sido judicializada (NELSON, 2000, P. 63).

A partir de *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte dos Estados Unidos inaugurou a possibilidade de que uma legislação emanada pelo corpo representativo nacional pudesse ser afastada pela decisão judicial. Como já afirmado, a nota distintiva do *judicial review* reside no fato de ter sido reconhecido por meio de pronunciamento judicial, independente de autorização expressa da Constituição norte-americana. Todavia, isso não quer dizer que a



ideia já não percorria as concepções vigentes à época. Alguns fatores antecedentes pavimentaram o caminho para que a decisão do juiz Marshall não se tornasse naquele momento uma reviravolta inédita.

Nesse ponto, destaca-se o ensaio dos Federalistas nº 78 de autoria atribuída a Alexander Hamilton, o qual discorre sobre a guarda da Constituição pelos juízes. Em seu texto, Hamilton apresenta o Judiciário como o ramo mais fraco dos três poderes, já que o Executivo detém a espada e o Legislativo os cordões da bolsa, por outro lado, o Judiciário não exerce nenhuma influência sobre a força e a riqueza da sociedade, em razão disso, é o órgão com menor capacidade de violar os direitos (HAMILTON, 1984, p. 576). Mais ainda, ele afirma que a possibilidade de o Judiciário declarar a nulidade dos atos legislativos em desacordo com a Constituição não gera uma hierarquia entre os poderes, pois “somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias” (HAMILTON, 1984, p. 578). Ainda que não se tenha encontrado uma relação direta entre o texto citado e a decisão de Marshall, pode-se afirmar que a discussão sobre a temática já estava posta antes da resolução de *Marbury vs. Madison*.

Outro interessante fator que pode explicar a emergência do *judicial review* nos Estados Unidos está relacionado com a supremacia parlamentar inglesa. Para Mauro Cappelletti, “paradoxalmente, a ‘supremacia do parlamento’ na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada ‘supremacia dos juízes’ nos Estados Unidos da América” (1984, p. 58). Com essa frase o referido autor pretende demonstrar que predominava na tradição inglesa a ideia de que a lei não era criada, mas apenas declarada pelo soberano, em razão disso, cabia aos juízes garantir a supremacia do *common law* contra os arbítrios do soberano e do parlamento. Tal doutrina era capitaneada por Lord Coke e teve sua duração até a Revolução Gloriosa de 1688, quando se proclamou a supremacia do parlamento (CAPPELLETTI, 1984, p. 58-60). Nas colônias inglesas da América os juízes somente aplicavam as leis que eram compatíveis às leis do Reino da Inglaterra, “evidentemente, não contrárias à vontade suprema do Parlamento inglês. E foi, então, justamente por força desta *supremacia da lei inglesa* que, é evidente, soava uníssono com a doutrina da ‘supremacy of the English parliament’” (CAPPELLETTI, 1984, p. 61). Ao se tornarem independentes, as antigas colônias mantêm a aplicação da lógica anterior de aplicação da lei conforme uma norma superior, mas agora em comparação com



suas próprias constituições. Tal fato demonstra a relativização do ineditismo da ideia de *judicial review* a partir de *Marbury vs. Madison*, pois em terras americanas não havia o estabelecimento de uma cultura de soberania parlamentar tal como o modelo inglês, os juízes estavam desimpedidos de atuarem na verificação das leis.

Essas considerações servem para posicionar a decisão da Suprema Corte norte-americana dentro do seu contexto social e político para melhor compreensão do surgimento do *judicial review*. O fato de que o controle de constitucionalidade no início do século XIX não tenha gerado grandes controvérsias se dá em razão de que tal função fora exercida em raras ocasiões. Veja-se que após a decisão de 1803, a Suprema Corte só irá invalidar outra legislação do Congresso 54 anos depois, no famoso caso *Dred Scott vs. Sandford* em que a Corte não reconheceu o status de cidadão a um escravo negro.

Por outro lado, o continente europeu não ficou ausente na consideração de uma jurisdição constitucional. No entanto, o seu percurso rumo à emergência do controle de constitucionalidade diverge daquele norte-americano. A primeira razão para esse fato está relacionada com a própria concepção de relacionamento entre os poderes vigente a partir do final do século XVIII e, principalmente, durante todo o século XIX. A desconfiança em relação à magistratura foi um dos fatores que contribuíram para que aos juízes restasse o exercício do papel de *bouche de la loi*. Cabia ao parlamento o exercício da limitação dos arbítrios monárquicos. Na Europa do século XIX era impensável a introdução de um modelo de justiça constitucional.

Tal panorama irá se alterar no início do século XX a partir da contribuição de Hans Kelsen para a construção do modelo europeu de controle de constitucionalidade. Ao se verificar que o contexto histórico, político e social europeu era diverso do norte-americano, não seria possível a adoção do *judicial review* nos mesmo moldes. Em razão disso, Kelsen irá conceber um órgão especial para se ocupar da análise de compatibilidade entre a legislação ordinária e a norma constitucional – uma Corte Constitucional. Não se pode negar, ainda, que o afastamento desse órgão em relação ao Poder Judiciário correspondia ao legado institucional da época de desconfiança dos órgãos judiciais e valorização do parlamento. Conforme Lucio Pegoraro afirma (2007, p. 31), para o pensamento kelseniano, o Tribunal Constitucional não exercita uma função verdadeiramente jurisdicional, pois anular uma lei



significa estabelecer uma norma geral, ainda que de caráter negativo, de modo que o tribunal que tem o poder de anular a lei é conseqüentemente um órgão do Poder Legislativo.

Esse modelo gerou grande influência na Europa, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Todavia, deve-se considerar que houve uma tendência de combinação de elementos do controle difuso norte-americano com o controle concentrado europeu, principalmente por meio de um controle concentrado com origem em questões levantadas pelo juiz singular de maneira incidental ao processo (MALFATTI; PANIZZA; ROMBOLI, 2013, p. 09). Há nesse modelo um certo traço difuso conjuntamente com elementos da construção kelseniana, como a eficácia *erga omnes* da sentença. Essa enunciação aparece como um *tertium genus*, pois se contrapõe ao modelo paradigmático e pode ser encontrado na justiça constitucional da Itália, Alemanha e Espanha. Lucio Pegoraro (2007, p. 36) aponta que o sistema incidental remedia o déficit constitucional que atrofia o acesso restrito de poucos sujeitos à jurisdição constitucional concentrada.

No Brasil, o controle de constitucionalidade a partir da Constituição republicana de 1891 se estabelece em sua forma difusa. A influência norte-americana é inegável não somente nesse instituto, mas também em relação à adoção do federalismo e presidencialismo. O controle difuso esteve presente em todas as Constituições brasileiras seguintes, sendo mantido inclusive na atual Constituição de 1988. Já o controle concentrado teve um desenvolvimento gradual nas constituições brasileiras e será a Constituição de 1988 que amplia significativamente o controle de constitucionalidade das leis, gerando, assim um sistema combinado entre controle concentrado e difuso.

Como visto, portanto, o controle de constitucionalidade se incorporou nos diversos ordenamentos constitucionais pelo mundo. As democracias modernas aceitaram como um dado irremovível a realidade de que juízes revisem a atuação legislativa. No entanto, esse poder extraordinário não é um resultado óbvio em um sistema republicano e democrático em que as decisões devem refletir, de forma mais adequada possível, a vontade da maioria (GARGARELLA, 2004, p. 68). A adoção de um sistema de controle de constitucionalidade revela uma tensão entre a limitação do poder representada pelo constitucionalismo de um lado e de outro a soberania popular em sua expressão democrática, já que as decisões do órgão representativo são controladas por um outro órgão sem a mesma origem democrática.

A tensão entre o constitucionalismo e a democracia que o controle de constitucionalidade revela fez com que tal instituto sofresse diversas críticas principalmente



em relação ao seu possível déficit democrático. Criticar o referido instituto não significa, necessariamente, postular a sua rejeição no ambiente democrático. Pelo contrário, a análise mais detida em torno das funções e limites que o controle de constitucionalidade pode exercer nos atuais Estados Democráticos de Direito é o reconhecimento de que a interação entre os poderes se tornou mais complexa e que a presença de cortes constitucionais amplia a esfera de deliberação em torno das questões fundamentais de uma sociedade política.

Em razão da crescente presença global do *judicial review*, diversos autores enfrentaram o tema. No presente trabalho optou-se por apresentar as ideias de Richard Bellamy e Jeremy Waldron. A razão para tal escolha encontra-se no fato de que ambas as abordagens buscam reorientar o papel do processo político decisório em cotejo com o controle judicial de constitucionalidade das leis e podem ser agrupadas no que atualmente se denomina constitucionalismo político. Segundo Marco Goldoni (2010, p. 338-339), o constitucionalismo político se organiza em torno de três núcleos essenciais, quais sejam: a precedência da política sobre o direito, a importância da participação política e do desacordo no processo democrático e a rejeição em relação ao controle de constitucionalidade.

II - CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

Richard Bellamy apresenta sua defesa do constitucionalismo político mediante a contraposição com o que ele denomina de constitucionalismo jurídico. Segundo o autor, essa vertente se expressa por meio da crença de que se pode chegar a um consenso racional sobre os resultados substantivos que uma sociedade democrática deve atingir e que o processo judicial é o mais confiável para identificar esses resultados. No entanto, ele questiona essas premissas ao considerar que o fato dos desacordos indica a existência de limitações na nossa habilidade de identificar uma verdadeira teoria de direitos. Além disso, se há desacordo sobre justiça e suas implicações, torna-se implausível que juízes irão embasar suas decisões na visão correta do que a democracia exige. Em razão disso, o constitucionalismo político parte da consideração de que há desacordo sobre os resultados que uma sociedade deve buscar e que o processo democrático é mais legítimo do que o processo judicial para resolver tais discordâncias (BELLAMY, 2007, p. 03-04).



O fato de que as sociedades se constituem a partir dos desacordos também é o ponto de partida da argumentação de Jeremy Waldron. Desse modo, a decisão coletiva em torno do conteúdo dos direitos fundamentais não pode estar apartada do fato de que as opiniões e interesses sobre os resultados dessa interpretação são divergentes e não indicam uma única resposta possível. Todavia, se por um lado a discordância é um elemento que constitui as sociedades modernas e complexas, por outro lado, não se pode abrir mão da necessidade de que os direitos sejam estabelecidos. Nesse sentido, Waldron diz que se deve pensar sobre os procedimentos políticos que irão permitir o estabelecimento de direitos individuais em uma sociedade que discorda sobre os direitos que possui (WALDRON, 2002, p. 06-07).

Dentre as possibilidades, Waldron seleciona duas delas e se manifesta favoravelmente em relação à primeira. O primeiro procedimento se dá quando os membros da comunidade estabelecem os seus direitos por meio de debate, deliberação e voto, o que atrai o autor nessa ideia é a possibilidade de que os indivíduos participem de um processo que reflita a convicção de que são igualmente considerados na determinação dos seus próprios direitos. Por outro lado, a segunda maneira de se proceder na definição de direitos ocorre por meio de um grupo de juízes que podem anular o estabelecido pelos representantes – *judicial review* (WALDRON, 2002, p. 07). Richard Bellamy também acredita que não há outra alternativa senão a busca por um procedimento aceito por todos e que respeite igualmente as posições individuais, pois provindas de agentes autônomos que possuem suas próprias visões razoáveis sobre direitos (BELLAMY, 2007, p. 26).

Na perspectiva de Bellamy, o processo político democrático é muito mais forte no “critério de entrada” do que as cortes judiciais, as quais são conhecidas por fazer um melhor trabalho no “critério de saída”. Isso significa dizer que a democracia oferece o direito para que todos os cidadãos participem do processo de formação da decisão, há desse modo uma amplitude dos participantes (*input*). Diversamente é o que ocorre nas cortes, pois seu mérito está em proporcionar boas e corretas decisões (*output*). No entanto, Bellamy se insurge contra o fato de que o processo democrático não é visto como um produtor de tratamento igual no critério de saída. A alegação de que o processo político falha na entrega de boas decisões funda-se nas seguintes razões: a) a democracia agrega votos e assim sacrifica indivíduos em favor do bem-estar coletivo; b) as decisões democráticas são conhecidas por serem seduzidas por aqueles que exercem maior pressão, ao invés de tratar cada argumento de acordo com seu mérito; por fim, c) tais problemas refletem o perigo da opressão das minorais por parte das



maiorias democráticas. Em compensação, as cortes ofereceriam melhores condições na produção de boas decisões, pois elas focam nos indivíduos ao invés da coletividade, são independentes e limitadas pelas normas e precedentes. Por essa razão, proporcionam um controle contramajoritário que protege as minorias (BELLAMY, 2007, p. 28).

Tais vantagens das cortes no critério de saída são colocadas em xeque por Richard Bellamy, pois ele apresenta objeções em relação a cada um desses pontos. No que diz respeito à afirmação de que as cortes são melhores porque focam nos indivíduos, Bellamy vai dizer que os casos submetidos à apreciação judicial, ainda que envolvam direitos individuais, podem criar políticas públicas, principalmente quando a questão é levada por meio de grupos de defesas de determinados direitos. Todavia, há uma série de distorções quando se cria uma política geral a partir de um único caso judicial (BELLAMY, 2007, p. 30). Além disso, há um problema quando se afirma que as cortes estão isoladas da disputa política e assim podem deliberar sobre a base de princípios morais, isso porque ignora a ligação existente entre interesses e direitos e também pelo fato de que não há evidências concretas para se assumir que os preconceitos e interesses próprios motivem a maioria ou até mesmo muitos dos representantes eleitos (BELLAMY, 2007, p. 34-35). Por fim, Bellamy apresenta objeções em relação à função contramajoritária das cortes. Primeiramente, a decisão nas cortes também se dá por maioria de votos, mas com o agravante de que não há tratamento igual às visões dos cidadãos, já que não se trata de um órgão representativo. Em segundo lugar, não está clara a possibilidade de a corte exercer uma força contramajoritária, pois elas tendem a ser menos independentes do que normalmente se acredita, o acesso a elas é limitado e inclinado a refletir as desigualdades de poder mais do que o processo democrático (BELLAMY, 2007, p. 38-39 e 42). Para Richard Bellamy, portanto, as vantagens das cortes principalmente em relação ao critério de saída não justificariam a adoção do *judicial review* (BELLAMY, 2007, p. 46).

Além disso, a partir do ideal republicano de não-dominação, Bellamy considera a existência da obrigação de que os *decisions-makers* ouçam a outra parte no processo político. Tal princípio está associado a uma concepção de razão pública e a um arranjo político que incorpora o equilíbrio entre os poderes. Somente um sistema político que abranja esses dois elementos pode tratar todos como iguais e evitar a dominação por meio de regra arbitrárias (BELLAMY, 2007, p. 176).



A descrição da linha argumentativa de Richard Bellamy revela, portanto, a tendência do autor em priorizar o processo político legislativo em detrimento das decisões judiciais-constitucionais. A principal justificativa para tanto reside na proteção à igualdade de tratamento político presente no sistema representacional e ausente nos juízes das cortes. Para ele, os indivíduos são respeitados de forma equânime quando as decisões políticas refletem a possibilidade de que todos tenham influência sobre o debate público. Some-se a isso, o fato de que as atuais democracias já incorporam os princípios que revelam a prioridade do processo político sobre as decisões de cortes constitucionais, quais sejam: eleições periódicas, sufrágio universal, competição entre partidos e regra majoritária.

Já na argumentação de Jeremy Waldron há uma busca por revitalizar o papel do órgão Legislativo na ordem política. A desvalorização e a desconfiança da atuação dos parlamentos fazem com que a discussão contra o *judicial review* seja desproporcional, pois de um lado se constrói um retrato idealizado do juiz e, de outro, se pinta a má fama do legislador (WALDRON, 2003, p. 02). A partir dessa ideia, Waldron busca resgatar a credibilidade da legislatura para que, assim, a supremacia alcançada pelo *judicial review* possa ser mitigada e revelada a profunda ligação democrática presente nos parlamentos e ausente na mesma medida na revisão judicial, principalmente em uma sociedade fundada nos desacordos.

Em seu pensamento, o parlamento é o *locus* ideal para estabelecer uma opinião comum em nome da comunidade, principalmente em razão do número de seus membros e da diversidade em sua constituição. Tais elementos se aproximam muito mais da forma como a sociedade se constitui do que a composição de uma corte judicial (WALDRON, 1999, p. 24).

Nesse ponto, o autor dialoga com Aristóteles para demonstrar o que ele denomina como "doutrina da sabedoria da multidão". A versão fraca da doutrina da sabedoria da multidão (1) demonstra que os recursos individuais do mais sábio dos homens não têm a possibilidade de, por si sós, ultrapassarem os benefícios do conhecimento e experiência do grupo, ainda que individualmente superiores. Já a doutrina da sabedoria da multidão em sua face forte (2) opõe o discernimento coletivo em relação a um subconjunto de sábios (ex: atuação do Poder Legislativo contra os juízes das cortes constitucionais). O que Waldron aponta é que a atuação do corpo de cidadãos de forma coletiva é superior tanto em relação ao indivíduo mais capaz como ao subgrupo dos mais competentes. Essa superioridade se dá pelo embate entre as diversas opiniões presentes no parlamento, "de modo que o voto final na



assembleia reflita uma síntese que seja algo mais do que um mero agregado de partes constituintes" (WALDRON, 2003, p. 139).

Outro fator indispensável para a revalorização dos parlamentos pode ser expresso por meio da forma de decisão em uma assembleia, a qual se dá por meio do voto majoritário. Waldron entende que tal decisão respeita os indivíduos, diversamente do consenso, pois leva em consideração as diferenças de opinião e a possibilidade de que todo o corpo tem de influir na decisão final do órgão (1999, p. 109). Não se pode deixar de considerar, ainda, que as cortes também decidem por meio do voto majoritário, Jeremy Waldron questiona o fato de que o procedimento majoritário é adequado para usar em instituições que servem justamente para mitigar os efeitos do majoritarismo. Em razão da repetição do método de decisão, o *judicial review* se revela como um novo julgamento apenas com um grupo com constituição diversa, trata-se, ao final, de uma preferência pela maioria da corte em detrimento da maioria do parlamento, a qual Waldron rejeita, pois os procedimentos majoritários não populares "não permitem uma voz e um voto em um processo de decisão final a todos os cidadãos de uma sociedade, ao invés disso, tais procedimentos decidem sobre direitos de milhões sobre a base de vozes e votos de alguns (WALDRON, 1998, p. 352, tradução nossa).³

Ocorre que a análise crítica de Waldron em torno do *judicial review* não exclui de maneira imperiosa toda e qualquer forma de atuação de cortes constitucionais no âmbito do controle de constitucionalidade. Antes de tudo, deve-se levar em conta que a sua investigação se dá em relação ao controle de constitucionalidade norte-americano, o qual ele denomina de *strong judicial review* (WALDRON, 2006, p. 1.354).⁴

Além disso, Waldron apresenta alguns pressupostos que limitam a abrangência de suas críticas e somente na presença deles o *judicial review* se torna indefensável, quais sejam: instituições democráticas em razoável bom funcionamento, com representantes eleitos sob a base do sufrágio universal; instituições judiciais também em bom funcionamento;

³ "(...) do not allow a voice and a vote in a final decision-procedure to every citizen of the society; instead they proceed to make final decisions about the rights of millions on the basis of the voices and votes of a few" (WALDRON, 1998, p. 352).

⁴ Em um sistema de controle de constitucionalidade forte, as cortes têm a autoridade para recusar a aplicação de uma legislação infraconstitucional por incompatibilidade com a Constituição ou modificar os efeitos da lei para que se dê conforme os direitos fundamentais. Por outro lado, no *judicial review* fraco as cortes podem verificar a conformidade da legislação com os direitos fundamentais, mas não podem negar sua aplicação, contudo, tal verificação pode ter algum efeito, como ocorre com a declaração de incompatibilidade britânica. Quando a corte identifica uma norma conflitante com o Human Rights Act de 1998, pode informar essa incompatibilidade ao Parlamento sem que a lei perca sua vigência. Por meio dela, o 1º Ministro pode iniciar um rápido processo para sanar a incorreção (WALDRON, 2006, p. 1.354-1.355).



compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade com a ideia de direitos individuais e das minorias e, por fim, um persistente desacordo de boa-fé sobre o conteúdo dos direitos. Em relação ao primeiro pressuposto, ele questiona a necessidade de se estabelecer um procedimento não eletivo para rever o trabalho feito pelas legislaturas se há um ambiente democrático estabelecido com um órgão representativo amplo, responsável pela deliberação pública das questões de justiça. Certamente, as instituições não são perfeitas, o autor assume que alguma legislação não seja justa, mas isso se dá em razão de as pessoas discordarem sobre o que é justo ou injusto. No que diz respeito à presença de instituições judiciais também em bom funcionamento (2), pressupõe-se que não são permeadas pelo mesmo *status* de representatividade que as legislaturas têm, além disso, os juízes encontram-se em uma posição que os isola das pressões políticas. Por fim, tal como qualquer membro da sociedade, os juízes também discordam sobre questões de justiça e, por isso, necessitam de métodos de decisão. Para que o *judicial review* se torne dispensável, o terceiro pressuposto indica o compromisso da sociedade com os direitos, considerando as visões dos outros num debate constante, tal ideia pode ser sincera, ainda que as questões se mantenham controvertidas (4), ou seja, a discordância entre posições não significa que não se está levando os direitos a sério, com sinceridade e aderência a eles (WALDRON, 2006, p. 1360-1369).

Tal caminho também foi trilhado por Richard Bellamy. O referido autor não assume uma posição indistintamente excludente em relação ao papel das cortes constitucionais em uma democracia. Até porque diferentes formas de constitucionalismo político permitem maior ou menor grau de independência e discricionariedade judicial, assim como há aproximações variantes no peso das legislaturas no constitucionalismo jurídico, não se trata, portanto, de uma questão de tudo ou nada, mas de níveis de influência judicial sobre as decisões políticas (BELLAMY, 2011, p. 89). Ademais, o contexto político inglês em que o autor está inserido sofreu uma significativa mudança principalmente a partir da adoção do *Human Rights Act* (HRA) em 1998, o qual incorporou a Convenção Europeia de Direitos Humanos e concedeu às cortes internas o poder de revisar a legislação em desconformidade com a Convenção. Adam Tomkins considera que esse fato incluiu elementos de constitucionalismo jurídico ao constitucionalismo político inglês transformando-o em um constitucionalismo misto (TOMKINS, 2013, p. 2276). Além disso, a expansão da jurisdição constitucional para cortes supranacionais fez com que Bellamy as analisasse à luz da sua proposta.



Diante disso, Richard Bellamy considera que a perspectiva do constitucionalismo político não exclui a compatibilidade com formas fracas de controle de constitucionalidade, como é o caso do sistema do Reino Unido após o HRA, no qual a declaração de incompatibilidade das cortes nacionais não prejudica a vigência da lei em discussão (seção 4 (2) do referido documento). Tal forma de arranjo possibilita que a legislatura pense novamente sobre a decisão em torno da definição do conteúdo dos direitos. Além disso, vai ao encontro dos postulados do constitucionalismo político de desacordo razoável e tratamento com igual consideração e respeito dos cidadãos. No que diz respeito à atuação das cortes supranacionais, a legitimidade democrática do sistema internacional de direitos humanos depende de sua sujeição ao processo político nacional (BELLAMY, 2013, p. 254-255).⁵

A partir da apresentação das ideias de Bellamy e Waldron é possível concluir que ambos buscam criticar a revisão judicial das leis. Todavia, isso não significa dizer que ambos não reconhecem que as cortes constitucionais podem desempenhar um relevante papel nas democracias contemporâneas. Isso porque os autores indicam mecanismos de exercício de controle de constitucionalidade que, em alguma medida, são deferentes aos parlamentos, já que tanto Bellamy como Waldron lançam seus esforços sobre a primazia de decisão política democrática que ocorre no Poder Legislativo. Segundo Mark Tushnet (2013, p. 2251), tanto os defensores do constitucionalismo jurídico como político aceitam que o constitucionalismo contemporâneo requer alguma forma de revisão constitucional abrigada pelo sistema judicial.⁶

Por fim, é importante considerar o fato de que o constitucionalismo político apresenta alguns pontos que desafiam a sua proposta. Em razão dos limites do presente trabalho, destaca-se apenas que tais autores não visualizam a diferença existente entre ação política embasada em interesses, razões ou vontades, em razão disso, tratam igualmente todas as decisões, já que legitimadas pelo princípio majoritário. Outrossim, pode-se encontrar nos seus argumentos a defesa do resgate do parlamento como única instituição que respeita a igualdade

⁵ Essa arquitetura internacional exige que as cortes supranacionais sejam compatíveis com a possibilidade de que todos os indivíduos vivam em estados que possuam um sistema democrático, nos quais as decisões coletivas são feitas de forma a demonstrar igual respeito de consideração a todos. Ademais, esses mecanismos internacionais devem estar sob o controle dos estados e, por fim, a participação no sistema internacional deve ser voluntária (BELLAMY, 2013, p. 263).

⁶ Importa destacar, ainda, que o referido autor é conhecido pela apresentação da tese de exclusão do judicial review em seu texto *Taking the Constitution away from the Courts* (1999). Nesse texto ele parte da questão: “What would a world without judicial review look like?” (1999, p. 163). No entanto, Mark Tushet, em publicação mais recente, afirma que reconsiderou sua posição prévia diante das exigências do constitucionalismo contemporâneo (2013, p. 2251).



política. Todavia, tal afirmação desconsidera a crise de representatividade enfrentada pelos órgãos legislativos e a emergência de novas formas de participação política. Além disso, o primado do parlamento tende a obscurecer a crescente expansão dos poderes do Executivo e a dimensão internacional do constitucionalismo (GOLDONI, 2010, p. 352-359).

III – EMENDA CONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

A partir das considerações acima expostas, é possível concluir que as críticas do constitucionalismo político sobre o controle judicial de constitucionalidade não abrangem a sua exclusão da ordem constitucional. Os referidos autores estão preocupados com o fato de que a interpretação constitucional seja monopolizada pelas cortes constitucionais em detrimento do processo político que ocorre com os representantes democráticos. Subjacente a essa afirmação, encontra-se a distinção entre controle de constitucionalidade e supremacia judicial. Segundo Rodrigo Brandão (2012, p. 15), o poder de invalidar as normas inconstitucionais não se confunde com a “obrigatoriedade de os demais ‘poderes’ e atores sociais adotarem a interpretação judicial da Constituição como um limite para a sua atuação futura”. Esse é justamente o conceito de supremacia judicial, qual seja, “o sentido que os juízes atribuíram à Constituição deve ser compreendido como definitivo não apenas para o passado (...) como igualmente para o futuro” tanto para o Judiciário como principalmente para os atores políticos (BRANDÃO, 2012, p. 15).

É por essa razão que se torna adequado e funcionalmente desejável para o constitucionalismo político a adoção de mecanismos de controle de constitucionalidade fraco. Isso porque esses instrumentos de controle possibilitam que se respeite a premissa dos desacordos constitutivos da sociedade, já que a interpretação judicial pode ser complementada pelos parlamentos, priorizando, assim, o processo político-democrático em detrimento das decisões judiciais. Não se excluem as cortes constitucionais, apenas se acrescenta a possibilidade de novas rodadas deliberativas sobre o conteúdo dos direitos fundamentais. “A revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações” (MENDES, 2011, p. 212). Segundo Mark Tushnet (2013, p. 2250) o controle de constitucionalidade fraco é uma das maiores inovações da teoria constitucional do final do século XX, sua característica principal está na possibilidade de que a interpretação judicial em torno da Constituição possa



ser rejeitada pelo poder político de uma forma menos exigente do que a emenda constitucional.⁷ O controle de constitucionalidade fraco, portanto, não abrangeria a possibilidade já existente na maioria dos regimes constitucionais democráticos de resposta legislativa por meio da emenda constitucional, em razão de que tal via vem acompanhada de um procedimento mais dificultoso de alteração do texto constitucional. Referido controle se diferenciaria, portanto, na ideia de que a possibilidade de resposta legislativa em torno do conteúdo dos direitos fundamentais pudesse emergir a partir de uma maioria sem as mesmas exigências do processo de emenda constitucional.

Nesse ponto, merece ser destacado o fato de que os constitucionalistas políticos não se esforçaram em justificar a emenda constitucional como um mecanismo legítimo para que a interação institucional sobre o conteúdo dos direitos fundamentais pudesse ocorrer. Segundo Rosalind Dixon e Adrienne Stone (2014, p. 01), ainda que os constitucionalistas políticos frequentemente entendam que as objeções contra o *judicial review* não se aplicam em suas versões fracas, geralmente eles acabam por menosprezar a possibilidade de que a emenda constitucional possa desempenhar o mesmo papel na resposta às objeções contra o controle de constitucionalidade. Além das funções de acompanhar as mudanças sociais e promover participação popular na atualização da Constituição, a emenda constitucional também serve como instrumento para expressar interpretação diversa daquela definida em decisão judicial anterior. Para o constitucionalismo político, essa forma de atuação é a que mais se aproxima da proposta de legitimidade das cortes constitucionais.

Rosalind Dixon e Adrienne Stone (2014, p. 09) apresentam três razões para que o constitucionalismo rejeite a emenda constitucional como mecanismo adequado a promover interação com o Legislativo, quais sejam: a inviabilidade prática em razão dos requisitos exigentes que acompanham o processo de emenda; o desrespeito à regra da maioria a partir do

⁷ Mark Tushnet (2006, p. 02) aponta para uma forma diversa daquela de Waldron para diferenciar o controle de constitucionalidade, destacando o papel da emenda constitucional. Para Tushnet, o *weak judicial review* se dá quando as decisões judiciais em torno do sentido da Constituição estão expressamente abertas para a revisão legislativa em um curto prazo, ou seja, sem grandes dificuldades em relação ao quórum de aprovação. No que diz respeito às *strong-forms*, não se quer dizer que a vinculação das decisões de *judicial review* a todos os ramos dos poderes é imutável, pois há a possibilidade de emenda à Constituição e também por meio do processo de sucessão de juízes da Corte que podem ser escolhidos com o objetivo de alterar o entendimento anterior, de fato, o que caracteriza esse mecanismo forte de controle de constitucionalidade é que a interpretação constitucional não pode ser alterada num curto prazo. Os argumentos do autor indicam que a emenda constitucional, por representar um processo mais dificultoso para alterar o texto constitucional, principalmente nos EUA, tenderia a consubstanciar um controle de constitucionalidade forte já que demandaria grandes esforços políticos para sua aprovação.



momento em que se exige um quórum qualificado para a aprovação da emenda, isso porque tal expediente favorece a manutenção do *status quo*. Por fim, a ideia de que a emenda constitucional é um fator que contribui para a prolixidade do texto constitucional.

Pode-se afirmar que Jeremy Waldron representa o argumento da inviabilidade prática, já que suas críticas ao controle de constitucionalidade visualizam a realidade constitucional norte-americana, na qual o processo de emenda à Constituição é bastante exigente. A alteração da Constituição dos EUA exige a proposta de 2/3 dos membros do Congresso e a ratificação por 3/4 dos Estados-membros (artigo 5º). Richard Albert considera que a previsão constitucional da supermaioria não é o único fator que dificulta a alteração dessa Constituição. Segundo o autor (2015, p. 220), a expansão geográfica do país também colaborou para a rigidez da Constituição, pois em 1789 o denominador para o cálculo da fração era 13 Estados-membros, ocorre que desde 1967 são 50 o número a ser levado em conta para apurar os 3/4. Tal dificuldade, portanto, impede que no âmbito do controle de constitucionalidade norte-americano o diálogo legislativo se dê de forma frequente e contínua, pois o procedimento de emenda constitucional exige grandes compromissos nacionais.

No que diz respeito a Richard Bellamy, não se pode deixar de pontuar que os seus argumentos partem do contexto político-constitucional inglês, no qual ele está inserido. Por essa razão, sua proposta de constitucionalismo político não abrangeria a dualidade entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado, já que a Constituição é o próprio processo político contínuo e ordinário, o qual não encontra limites materiais estabelecidos em documentos hierarquicamente superiores. Em razão disso, não haveria justificativas para que o sentido da Constituição fosse alterado por meio de maiorias qualificadas, já que a sua interpretação se dá no dia-a-dia do processo político.

Tal diagnóstico serve para afirmar que as críticas ao controle de constitucionalidade levantadas pelo constitucionalismo político reconhecem o desempenho das cortes constitucionais no âmbito do *judicial review*, todavia, num arranjo que prioriza a manifestação parlamentar sem ser expressa, necessariamente, pela via da emenda constitucional. Pelos argumentos acima expostos, faz sentido que Waldron e Bellamy pensem dessa maneira, pois seus argumentos são inevitavelmente influenciados pelas jurisdições em que eles trabalham e são mais familiares, qual seja, a dificuldade do processo de emenda nos EUA e a soberania parlamentar britânica. Portanto, a partir da perspectiva interna do



constitucionalismo político, a emenda constitucional não tem o condão de mitigar as fragilidades que essa perspectiva crítica vê no controle de constitucionalidade.

Todavia, interessa verificar em que medida a emenda constitucional no Brasil tem servido para possibilitar que a interpretação em torno dos direitos fundamentais possa ser compartilhada entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, pois a realidade nacional difere tanto em relação à supremacia parlamentar britânica como no que diz respeito à extrema dificuldade de emendar a Constituição norte-americana.

Conforme já exposto, o poder constituinte derivado reformador pode, ao não concordar com a decisão de controle de constitucionalidade, alterar o parâmetro constitucional a fim de que a legislação ordinária seja compatível, com o objetivo de expandir os direitos fundamentais. Nesse ponto, nota-se a existência de um diálogo entre as instituições em torno do conteúdo constitucional, ou seja, a possibilidade de que uma decisão judicial derrubando uma lei em face da Constituição possa ser seguida por alguma ação pelo corpo legislativo (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 82).⁸

Ainda que a alteração formal do texto constitucional no país envolva um procedimento qualificado tanto em relação ao quórum de aprovação como aos turnos de votação se comparado com a mudança da legislação ordinária, tal exigência é menos difícil de se alcançar do que a previsão norte-americana. Ademais, a Constituição brasileira encontra-se em sua 95ª Emenda Constitucional (datada de 15/12/2016) em quase 28 anos de promulgação (excluídas as 6 Emendas Constitucionais de Revisão), o que corresponde a uma média de mais de 3 emendas a cada ano. Tais fatos poderiam indicar a relativização da supremacia judicial no âmbito do controle de constitucionalidade, pois a decisão final da corte estaria

⁸ Não se desconhece o fato de que a estipulação da emenda constitucional, por si só, não representa totalmente as múltiplas formas pelas quais o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional interagem sobre suas decisões, pois “é insensível às negociações argumentativas informais que ocorrem entre os poderes” (MENDES, 2011, p. 216) e deixa de notar que “a reação legislativa é mais sutil e que, para o legislador, a emenda não é a única alternativa a uma lei declarada inconstitucional” (MENDES, 2011, p. 216). Todavia, se a dinâmica da emenda constitucional não diz tudo, ao menos coloca um procedimento em que há uma ordem na possível interação entre as instituições, facultando ao Congresso Nacional uma resposta legislativa à interpretação judicial anterior. A título exemplificativo, o Congresso Nacional por meio da Emenda Constitucional nº 41/2003 restabeleceu a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos, a qual tinha sido afastada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 2010. Outro exemplo ocorreu a partir do julgamento da ADI nº 3345, a qual confirmou a Resolução do TSE que havia estendido os efeitos do RE 197917 (inconstitucionalidade do número de vereadores do município de Mira Estrela) para a diminuição do número de vereadores nas eleições de 2004. O Congresso Nacional, em 2009, alterou o artigo 29 da Constituição Federal para aumentar o número de vereadores em cada Câmara Municipal de acordo com a população local, invalidando, assim, o entendimento judicial anterior



sujeita a reversão pelo Legislativo sem grandes obstáculos. Impondo-se, assim, como um instrumento potencializador do caráter democrático do controle de constitucionalidade.

No entanto, deve-se ter claro que a razão para o alto nível de alteração da Constituição de 1988 relaciona-se com o seu caráter analítico e regulamentar, ou seja, por ser um documento extenso e minudente a respeito de assuntos que poderiam ser delegados à legislação infraconstitucional. Diante de um processo constituinte permeado pela participação plural de interesses, a fragmentação de atores ensejou maiores incertezas políticas para o futuro e, conseqüentemente, levou à preferência pelo detalhamento. Isso porque, “os custos de transação para tomar uma decisão são elevados, os atores têm incentivos para detalhar o documento legal, uma vez que o acordo logrado no momento da decisão terá menos probabilidade de acontecer no futuro” (MELO, 2013, p. 192). Assim, “em contextos de fragmentação política haverá fortes incentivos à constitucionalização” (MELO, 2013, p. 192).

Entretanto, o detalhamento do texto constitucional tende a produzir menor estabilidade, já que se impõe uma tarefa constante de atualização e revisão dos dispositivos. Cláudio Couto e Rogério Arantes afirmam que “o país permaneceu numa espécie de *agenda constituinte*, como se, paradoxalmente, o processo de reconstitucionalização não houvesse se encerrado em outubro daquele ano” (2006, p. 41). Isso porque a Constituição brasileira regulamentou diversas políticas governamentais em seu texto. Ocorre que a alternância no governo entre diversos grupos políticos como corolário do regime democrático também impõe a liberdade de mudança dessas políticas. “A possibilidade de que tal variação de *policies* ocorra é, portanto, pré-requisito a que a alternância de grupos (partidos) no governo tenha efeitos práticos” (COUTO; ARANTES, 2006, p. 49). Todavia, quando essas opções estão fixadas no âmbito constitucional, a única maneira de implementar a agenda governamental é por meio da emenda à Constituição.

Além dessa justificativa, Marcus Melo aponta para a direção de que a alta taxa de emendamento registrada no Brasil contrasta com a inexistência de mudanças substantivas pelo Congresso Nacional.⁹ Para o referido autor, substancialmente a Constituição brasileira fora alterada apenas em dois grandes momentos: entre 1995-1997 e 2008-2012. O primeiro caso corresponde ao período da presidência de Fernando Henrique Cardoso, no qual foram

⁹ Veja-se, por exemplo, as seguintes emendas constitucionais: EC nº 61/2009 (alteração do parâmetro de idade para ingresso no Conselho Nacional de Justiça), EC nº 50/2006 (mudança nas datas das reuniões do Congresso Nacional e nos critérios para convocação extraordinária e EC 69/2012 (transferência da União para o Distrito Federal as atribuições de organização e manutenção da Defensoria Pública Federal. Denotam pouca alteração substantiva na Constituição.



apresentadas e aprovadas diversas emendas constitucionais que deram novo perfil ao Estado brasileiro, direcionando-o ao perfil desenvolvimentista. Na segunda ocasião, nota-se a influência da interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal sobre questões estruturais para o país, tais como: coligações em eleições, uso de células-tronco embrionárias, união homoafetiva, gravidez de feto anencefálico, nepotismo no Judiciário, Lei da Ficha Limpa e reservas indígenas (MELO, 2013, p. 199-202).

Por fim, ainda que as emendas constitucionais à Constituição de 1988 alterassem em sua grande maioria os aspectos substanciais do Estado brasileiro e correspondessem a uma interpretação contrária à decisão constitucional anterior, elas não têm o condão de, por si sós, relativizarem a supremacia judicial do controle de constitucionalidade brasileiro. Isso porque também podem ser objeto de controle de constitucionalidade quando tendente a abolir alguma cláusula pétrea, sendo passíveis inclusive de decisão liminar. A possibilidade de que tal emenda seja suspensa por meio de decisão liminar faz com que sua estabilidade e permanência na ordem jurídica possa ter pouco tempo de vida em favor da decisão do Supremo Tribunal Federal.¹⁰

Portanto, a partir dos argumentos expostos, é possível considerar que o alto número de emendas à Constituição brasileira não significa necessariamente que a supremacia judicial do controle de constitucionalidade no país encontra-se desafiada, pois o caráter analítico do Texto brasileiro impõe sua contínua atualização e alteração de programas de governos, tal fato corresponde a mudanças não significativas do ponto de vista da estrutura do Estado brasileiro delimitada em 1988. Além disso, recentemente, diversos avanços no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais vieram do Supremo Tribunal Federal, não sem alguma forma de resposta legislativa em contrário, como é o caso do Estado da Família em deliberação no Congresso Nacional, o qual se direciona em sentido divergente da decisão na ADPF 132 (união estável homoafetiva), por exemplo. Por fim, a previsão constitucional de exercício de controle de constitucionalidade sobre a própria emenda constitucional também indica limites à possibilidade de que a resposta legislativa seja priorizada, seja pelo fato de que é possível medida liminar sobre ela e até mesmo pela ausência de mecanismos que tornem o controle sobre a emenda uma deliberação mais exigente para o Supremo Tribunal Federal.

¹⁰ “Decisões, mesmo que possam ser revistas, são mais ou menos duradouras e resistentes. Alguns de seus efeitos se consomem e, em certo sentido, tornam-se irreversíveis. O fato de ser interlocutora, por essa razão, não significa que a corte esteja isenta de responsabilidade de boas decisões e de um teste rigoroso de legitimidade” (MENDES, 2011, p. 171-172).



CONCLUSÃO

O potencial de interação institucional entre cortes e parlamentos em torno do significado das normas constitucionais envolve diversos caminhos e não depende exclusivamente da previsão normativa do processo de emenda constitucional. Isso porque a maneira pela qual os atores políticos irão agir envolve cálculos políticos não mensuráveis pelas regras constitucionais. De todo modo, a presença de emenda à Constituição sinaliza que o Poder Legislativo pode vir a atuar em cooperação com as cortes constitucionais no sentido de se engajar na tarefa de melhor interpretar os direitos previstos na Constituição.

Apesar de se inclinarem para a defesa da primazia do processo político que ocorre nos parlamentos, Richard Bellamy e Jeremy Waldron não rejeitam uma participação, ainda que mínima, das cortes no processo de controle de constitucionalidade das leis. Para eles, há arranjos institucionais que propiciam maior facilidade aos parlamentos na rejeição da interpretação judicial. Todavia, interessa notar que essa potencial relação cooperativa não se expressa pela via da emenda constitucional segundo a linha de raciocínio do constitucionalismo político.

Por outro lado, em sistemas jurídicos em que o controle de constitucionalidade é amplo e abrangente, como é o caso brasileiro, a emenda constitucional teria potencialidade relevante para minimizar as críticas que são lançadas contra a revisão constitucional das leis e fundar o *judicial review* em bases ainda mais democráticas. No entanto, por meio dos argumentos levantados no texto, acredita-se que ainda não seja possível firmar tal conclusão, pois a estrutura analítica da Constituição Federal impõe sua constante atualização. Além disso, as emendas constitucionais no Brasil pós 1988 são utilizadas como alteração de plataformas governamentais e os principais avanços no âmbito dos direitos fundamentais dos últimos anos provieram da interpretação judicial. Isso significa dizer que o alto número de emendas constitucionais no país não revela necessariamente um engajamento legislativo no tocante à Constituição.

Por fim, não se pode deixar de considerar o fato de que no processo de interação entre cortes e parlamentos por meio da emenda constitucional há a prevalência da decisão judicial, pois a própria emenda pode ser objeto de controle judicial de constitucionalidade por violação às cláusulas pétreas. Acrescente-se a isso a possibilidade de que tal emenda seja suspensa por meio de decisão liminar faz com que sua estabilidade e permanência na ordem jurídica possa



ter pouco tempo de vida em detrimento da decisão do Supremo Tribunal Federal. Portanto, para que a emenda à Constituição possa ser visualizada com uma função moderadora das críticas ao controle de constitucionalidade ela depende tanto da assunção dessa tarefa pelos legisladores como de inovações no âmbito do seu controle pelo Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Richard. The progressive era of constitutional amendment. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. *Eficiência e ética na administração pública*. Curitiba: Íthala, 2015.

BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism. A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*. Reprinted. United Kingdom: Cambridge University Press, 2007.

_____. Political constitutionalism and the Human Rights Act. *ICON*, vol. 9, nº 01, 2011.

_____. The democratic legitimacy of international human rights conventions: political constitutionalism and the Hirst case. In: FOLLESDAL, Andreas; SCHAFFER, Johan Karlsson; ULFSTEIN, Geir. *The Legitimacy of International Human Rights Regimes: legal, political and philosophical perspectives*. Cambridge University Press, 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.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, Governo e Democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 21, nº 61, junho 2006.

DIXON, Rosalind; STONE, Adrienne. Constitutional Amendment and Political Constitutionalism: a Philosophical and Comparative Reflection. *Melbourne Legal Studies Research Paper*, nº 703, 2014.

GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004.

GOLDONI, Marco. Che cos'è il costituzionalismo politico? *Diritto e Questioni Pubbliche*, 10, 2010.



HAMILTON, Alexander. Os juízes como guardiões da Constituição. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The Charter Dialogue between courts and legislatures. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n. 01, 1997.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia Costituzionale*. Quarta edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil: dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à “megapolítica”. *Novos Estudos*, n. 97, novembro 2013.

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

NELSON, William E. *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*. University Press of Kansas, 2000.

PEGORARO, Lucio. *Giustizia costituzionale comparata*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

TOMKINS, Adam. What’s left of the political constitution? *German Law Journal*, vol. 14, nº 12, 2013.

TUSHNET, Mark. The relation between political constitutionalism and weak-form judicial review. *German Law Journal*, vol. 14, nº 12, 2013.

_____. Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 41, 2006.

_____. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115:1346, 2006.

_____. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Introduction: Disagreements on justice and rights. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, v. 06, n. 01, 2002.

_____. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999.

_____. Judicial Review and the Conditions of Democracy. *The Journal of Political Philosophy*, vol. 06, n. 04, 1998.